

**Die Stellung gesetzlicher Vertreter
beim
prozessualen Offenbarungseid**

Peter-Christian Heintz

1961



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Die Stellung gesetzlicher Vertreter
beim
prozessualen Offenbarungseid**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Peter-Christian Heintz
aus Amsterdam / Holland

München 1961

Referent: Professor Dr. R. POHLE
Correferent: Professor Dr. K. LARENZ

Tag der mündlichen Prüfung: 23. November 1961



III

1. GLIEDERUNGSÜBERSICHT

§ 1. Einleitung und Problemstellung	1
-------------------------------------	---

1. ABSCHNITT

Die Eidespflicht als selbständige Verpflichtung	3
---	---

§ 2. Allgemeine Stellung des Vollstreckungsschuldners	3
---	---

§ 3. Die Offenbarungseidspflicht	7
----------------------------------	---

§ 4. Gesetzliche Vertretung auch beim OE	16
--	----

§ 5. Die Eidespflicht des gesetzlichen Vertreters	24
---	----

2. ABSCHNITT

Die Folgen dieser selbständigen Eidespflicht im Hinblick auf die Rechtsanwendung.	34
---	----

<u>1. Kapitel:</u> Die Anwendung der Verfahrensvorschriften	34
---	----

§ 6. Die Verfahrensvorschriften im allgemeinen	34
--	----

§ 7. Die Prozessfähigkeit	43
---------------------------	----

<u>2. Kapitel:</u> Das Anwendungsprinzip und seine Erprobung	52
--	----

§ 8. Das Anwendungsprinzip	52
----------------------------	----

§ 9. Einzelfragen der Rechtsanwendung unter besonderer Berücksichtigung der Betroffenheit	58
---	----

3. ABSCHNITT

Die Verletzung eigener Interessen des Vertreters und die Möglichkeiten zu ihrer Geltendmachung.	66
---	----

<u>1. Kapitel:</u> Die Interessenverletzung	66
---	----

§ 10. Verfahrensmängel und Schuldnerinteresse	66
---	----

§ 11. Die eigenen Interessen des gesetzlichen Vertreters im OE-Verfahren	71
--	----

§ 12. Insbesondere die Mängel im Zusammenhang mit der Prozessfähigkeit	76
--	----

<u>2. Kapitel:</u> Geltendmachung der Verletzung	86
--	----

§ 13. Die einzelnen Rechtsbehelfe im OE-Verfahren	86
---	----

§ 14. Die Anfechtungsberechtigung des gesetzlichen Vertreters	101
---	-----

§ 15. Vermeidbarkeit unerwünschter Verdoppelung	110
---	-----

§ 16. Zusammenfassung des Untersuchungsergebnisses	120
--	-----



2. LITERATURVERZEICHNIS

I. Lehrbücher und Kommentare

a) Lehrbücher.

- | | | |
|----------------------|---|----------------------------|
| Fritz Baur | Freiwillige Gerichtsbarkeit I
Tübingen 1955 | <u>(Baur)</u> |
| Karl Blomeyer | Zwangsvollstreckung
2. Auflage Berlin 1956 | <u>(Blomeyer)</u> |
| Herrmann Conrad | Deutsche Rechtsgeschichte
Band 1 Karlsruhe 1954 | <u>(Conrad)</u> |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgem. Teil des Bürgerl. Rechts,
14. Auflage: 1. Halbband Tübingen 1952
2. Halbband Tübingen 1955 | <u>(Enneccerus-N/14)</u> |
| | 15. Auflage: 1. Halbband Tübingen 1959
2. Halbband Tübingen 1960 | <u>(Enneccerus-N)</u> |
| Ernst Forsthoff | Lehrbuch des Verwaltungsrechts I
7. Auflage München-Berlin 1958 | <u>(Forsthoff)</u> |
| Konrad Hellwig | Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts
Band 1 Leipzig 1903
Band 2 Leipzig 1907 | <u>(Hellwig I/II)</u> |
| Konrad Hellwig | System des deutschen Zivilprozessrechts
Teil I Leipzig 1912
Teil II vollendet von Paul Oertmann
Leipzig 1919 | <u>(Hellwig Syst I/II)</u> |
| Georg Kleinfeller | Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts
3. Auflage Berlin 1925 | <u>(Kleinfeller)</u> |
| Heinrich Lehmann | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
11. Auflage Berlin 1958 | <u>(Lehmann)</u> |
| Friedrich Lent | Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht
7. Auflage München-Berlin 1958 | <u>(Lent ZwV)</u> |
| Friedrich Lent | Freiwillige Gerichtsbarkeit
3. Auflage München-Berlin 1958 | <u>(Lent FG)</u> |

- Franz Leonhard Allgemeines Schuldrecht des BGB
Band 1 München-Leipzig 1929 (Leonhard)
- Reinhart Maurach Deutsches Strafrecht
Band 1: Allgemeiner Teil Karlsruhe 1954
(Maurach)
- Arthur Nikisch Zivilprozessrecht, Ein Lehrbuch
2. Auflage Tübingen 1952 (Nikisch)
- Leo Rosenberg Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts
8. Auflage München-Berlin 1960
(Rosenberg)
- Adolf Schönke Lehrbuch des Zivilprozessrechts
8. Auflage, neu bearbeitet von Schröder und
Niese Karlsruhe 1956
(Schönke-Schröder-Niese)
- Adolf Schönke Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht
6. Auflage, erweitert um das Konkursrecht von
Fritz Baur Karlsruhe 1956 (Schönke-Baur)
- Andreas von Tuhr Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts
2 Bände Leipzig 1910 f (von Tuhr I, II)
- Jakob Weismann Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts
2 Bände Stuttgart 1903/5 (Weismann I/II)
- Leopold Wenger Institutionen des römischen Zivilprozessrechts
München 1925 (Wenger)
- Adolf Wach Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts
Band I Leipzig 1885 (Wach)

b) Kommentare.

- Baumbach-Duden Kurzkommentar zum Handelsgesetzbuch
13. Auflage München-Berlin 1959
(Baumbach/Duden)
- Baumbach-Hueck Kurzkommentar zum Aktiengesetz
10. Auflage München-Berlin 1959
(Baumbach-Hueck/AktG)

VI

- | | |
|--------------------------|--|
| Baumbach-Hueck | Kurzkomm. zum GmbH-Gesetz
9. Auflage München-Berlin 1960
<u>(Baumbach-Hueck/GmbHG)</u> |
| Baumbach-Lauterbach | Kurzkomm. zur Zivilprozessordnung
25. Auflage München-Berlin 1958
<u>(Baumbach)</u> |
| v. Brauchitsch | Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder,
neu herausgegeben von C.H. Ule, Bd. I, Halbb. 2
Verwaltungsgerichtsbarkeit bearbeitet von
C.H. Ule, Köln, Berlin 1960 <u>(Ule)</u> |
| Eyermann-Fröhler | Komm. zur Verwaltungsgerichtsordnung
München-Berlin 1960 <u>(Eyermann-Fröhler)</u> |
| Ebermayer-Lobe-Rosenberg | Leipziger Komm. zum Strafgesetzbuch
8. Auflage Berlin
Band 1: 1957, Band 2: 1958 <u>(LK I/II)</u> |
| Falkmann-Hubernagel | Die Zwangsvollstreckung
3. Auflage Berlin 1937-39 <u>(Falkmann-H)</u> |
| Förster-Kann | Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich,
Band 2, 3. Auflage Berlin 1926
<u>(Förster-Kann)</u> |
| Gaupp-Stein | Komm. zur Zivilprozessordnung
4. Auflage Tübingen 1901/2. <u>(Gaupp-Stein)</u> |
| O. Hein | Handbuch der Zwangsvollstreckung
2. Auflage Hannover 1914 <u>(Hein Hdb)</u> |
| Wilhelm Huyke | Offenbarungseid und Haft im Zivilprozess
Berlin-Leipzig 1930 <u>(Huyke)</u> |
| Ernst Jaeger | Komm. zur Konkursordnung
Band I (§§ 1-70) 8. Auflage in der Bearbeitung von
Friedrich Lent, Berlin 1958 <u>(Jaeger-Lent)</u>
Band I/II 6/7. Auflage Berlin 1931/36
<u>(Jaeger)</u> |
| Jonas-Pohle | Zwangsvollstreckungsnotrecht
16. Auflage Berlin, Frankfurt/Main 1954
<u>(Jonas-Pohle)</u> |

VII

- | | |
|----------------------------|---|
| Theodor Keidel | Kurzkommentar zum FGG
7. Auflage München-Berlin 1959
<u>(Keidel)</u> |
| v. Mangoldt-Klein | Das Bonner Grundgesetz
Kommentar Band 2, 2. Auflage
Berlin, Frankfurt/Main 1959 f
<u>(v. Mangoldt-Klein)</u> |
| Maunz-Dürig | Kommentar zum Grundgesetz
1-3 Lieferung München-Berlin 1960
<u>(Maunz-Dürig)</u> |
| Otto Palandt u. a. | Kurzkommentar zum BGB
19. Auflage München-Berlin 1960
<u>(Palandt)</u> |
| Franz Schlegelberger u. a. | Kommentar zum Handelsgesetzbuch
3. Auflage Berlin 1955 f <u>(Schlegelberger)</u> |
| Franz Schlegelberger | Kommentar zum FGG
7. Auflage Berlin 1956 <u>(Schlegelberger FGG)</u> |
| Siegfried Schrader | Handbuch der amtsgerichtlichen Praxis Bd. I
3. Auflage München-Berlin 1959
<u>(Schrader Hdb. a.P.)</u> |
| Seuffert-Walsmann | Kommentar zur Zivilprozessordnung
11. Auflage München 1910/11 <u>(Seuffert-W)</u> |
| Stein-Jonas-Schönke-Pohle | Kommentar zur Zivilprozessordnung
18. Auflage Tübingen 1953 f (Stand Juli 1960)
<u>(Schönke-Pohle)</u> |
| Otto Weipert | Kommentar zum Handelsgesetzbuch
Band 2, 2. Auflage Berlin 1950 <u>(Weipert)</u> |
| Bernhard Wieczorek | Zivilprozessordnung und Nebengesetze
Berlin 1956 f <u>(Wieczorek)</u> |
| Richard Zöllner u. a. | Kommentar zur Zivilprozessordnung
9. Auflage München 1958 <u>(Zöllner)</u> |

c) Materialien.

- Hahn Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung
Berlin 1880 (Hahn Mat.)

II. Monographien und Aufsätze

- Gottfried Baumgärtel Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess
Berlin, Frankfurt/Main 1957 (Baumgärtel)
- Gottfried Baumgärtel Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren
ZZP 69, 89 ff (Baumgärtel ZZP 69)
- Arthur Baumgarten Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode
2 Bände Tübingen 1920-22 (Baumgarten I/II)
- Arthur Baumgarten Der Weg des Menschen
Tübingen 1933 (Baumgarten Weg)
- Fritz Baur Zur Beschwer im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses
Festschrift für Lent München-Berlin 1957 S. 1 ff
(Baur Lent Festschr.)
- Bendix Anm. zu OLG Nürnberg v. 7.8.30
JW 30, 3783 (Bendix JW 30)
- Wolfgang Bernhardt Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozess und in der Zwangsvollstreckung ZZP 66, 77 ff
(Bernhardt)
- Karl August Bettermann Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft
Hamburg 1948 (Bettermann)
- Karl August Bettermann Die Einwirkung der Währungsreform auf schwebende Prozesse, insbesondere auf die Zulässigkeit von Rechtsmitteln
NJW 47/48, 447 ff (Bettermann NJW)
- Wolfgang Bierbach Offenbarungseidverfahren nach § 807 ZPO bei bekannten Schuldnerforderungen
MDR 56, 78 f (Bierbach)

IX

- Walter Bock Konkursverwalter und Massegläubiger
Konk. und Treuh. 1930, 56 f (Bock)
- Felix Bondi Der Offenbarungseid nicht prozessfähiger
Schuldner
ZZP 32, 221 ff (Bondi)
- Hans-Friedrich Braun Der Parteibegriff in der Zwangsvollstreckung
jur. Diss. Mainz 1952 (Braun)
- Hans-Jürgen Bruns Über die Organ- und Vertreterhaftung im Straf-
recht
JZ 54, 12 ff (Bruns)
- Crasemann Zum Offenbarungseidsverfahren
DJZ 1911, 1549 (Crasemann)
- Bertram Deininger Die Zwangsvollstreckung aus Titeln gegen eine
Personalgesellschaft
jur. Diss. München 1955 (Deininger)
- Diemayr Rechtsbehelf gegen die Haftanordnung im Offen-
barungseidsverfahren
ZZP 62, 44 f (Diemayr)
- Karl Engisch Prozessfähigkeit und Verhandlungsfähigkeit
Festgabe für Leo Rosenberg
München 1949 S. 101 ff (Engisch)
- Walter Martin Fraeb Der Stand der Lehre vom Offenbarungseidsver-
fahren in der Rechtswissenschaft und der Recht-
sprechung
Rechtsgang II 39 ff, 216 ff, 462 ff
III 93 ff, 193 ff (Fraeb Rechtsgang)
- Walter Martin Fraeb Unstimmigkeiten im Offenbarungseidsverfahren
Judicium II, 157 ff (Fraeb Jud II)
- Walter Martin Fraeb Anm. zu OLG Kassel v. 20.10.25
ZZP 50, 223 (Fraeb ZPP 50)
- Walter Martin Fraeb Anm. zu OLG Frankfurt v. 19.6.26
ZZP 52, 215 f (Fraeb ZPP 52)
- Walter Martin Fraeb Vorläufige Vollstreckbarkeit in der Zwangsvoll-
streckung
ZZP 54, 257 ff (Fraeb ZPP 54)

- Walter Martin Fraeb Anm. zu OLG Greifswald v. 22.6.29
ZZP 55, 322 (Fraeb ZZP 55)
- Francke Der Offenbarungseid im Reichsrecht
Berlin 1885 (Francke)
- Paul Friedländer Über das Verfahren bei Abnahme des Offenbarungseides nach der Civilprozessordnung
Gruchot 33, 562 ff (Friedländer)
- Heinz Gebler Mangel der gesetzlichen Vertretung im Zivilprozess
jur. Diss. Leipzig 1931 (Gebler)
- Horst Göppinger Fragen des Offenbarungseidsverfahrens
AcP 158, 336 ff (Göppinger)
- Heinrich Götz Urteilsängel und innerprozessuale Bindungswirkung
jur. Diss. Frankfurt/Main 1956 (Götz)
- Heinrich Götz Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsprozessrecht
JZ 59, 681 f (Götz JZ 59)
- James Goldschmidt Der Prozess als Rechtslage
Berlin 1925 (Goldschmidt)
- Wolfgang Hein Duldung der Zwangsvollstreckung
Breslau 1911 (Hein)
- Wolfgang Hein Die Identität der Partei
Bd. I: Berlin-Leipzig 1918
Bd. II: Mannheim, Berlin, Leipzig 1925
(Hein Id I/II)
- Herz Zur Reform von Offenbarungseid und Haft
ZZP 38, 349 ff (Herz)
- Holthöfer Muss der wegen einer vorsätzlichen Eidesstrafat verurteilte Schuldner den Offenbarungseid leisten?
DJ 1943, 218 (Holthöfer)
- Walter Holthusen Die Stellung des gesetzlichen Vertreters und der vertretenen Partei im Zwangsvollstreckungsverfahren zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen
jur. Diss. Heidelberg 1907 (Holthusen)

Hossfeld	Welches Rechtsmittel steht dem Schuldner gegen den Haftbefehl nach § 901 ZPO zur Verfügung? - eine Lücke der ZPO. ZZP 51, 134 ff <u>(Hossfeld)</u>
Alfred Hueck	Recht der offenen Handelsgesellschaft 2. Auflage Berlin 1951 <u>(Hueck OHG)</u>
Wilhelm Huyke	Zwei Arten von Haftbefehlen im Offenbarungseidsverfahren? ZZP 56, 376 f <u>(Huyke ZZP 56)</u>
Martin Isaac	Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren ZStrW 21, S. 625 ff <u>(Isaac)</u>
Ernst Jaeger	Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozess Festgabe für Sohm München-Leipzig 1915 S. 1 ff <u>(Jaeger, Sohm Festg.)</u>
Othmar Jauernig	Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozess und in der Zwangsvollstreckung ZZP 66, 398 f <u>(Jauernig)</u>
Josef Kohler	Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozess AcP 80, 141 ff <u>(Kohler)</u>
Krech	Der Offenbarungseid im Zwangsvollstreckungsverfahren Gruchot 26, 218 ff <u>(Krech)</u>
Friedrich Lent	Die notwendige und die besondere Streitgenossenschaft Jherings Jahrb. 90, 27 ff <u>(Lent Jherings Jahrb.)</u>
Friedrich Lent	Zur Lehre von der Partei kraft Amtes ZZP 62, 129 ff <u>(Lent ZZP 62)</u>
Friedrich Lent	Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess ZZP 67, 344 ff <u>(Lent ZZP 67)</u>
Friedrich Lent	Die Löschung des Schuldners im Schuldnerverzeichnis (§ 915 ZPO) NJW 59, 178 f <u>(Lent NJW 59)</u>
Viktor Lubowski	Das Offenbarungseidsverfahren nach der ZPO Berlin 1913 <u>(Lubowski)</u>

Rudolf Lukes	Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozessvertreter ZZP 69, 141 ff <u>(Lukes)</u>
Walther Menzel	Der kranke Offenbarungseidschuldner JR 1927, 308 f <u>(Menzel)</u>
Wilhelm A. Müller	Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts Berlin 1907 <u>(Müller)</u>
Wolfram Müller-Freienfels	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft Tübingen 1955 <u>(Müller-Freienfels)</u>
Johann Nagler	Die Teilnahme am Sonderverbrechen Leipzig 1903 <u>(Nagler, Sonderverbr.)</u>
Arthur Nussbaum	Die Prozesshandlungen München 1908 <u>(Nussbaum)</u>
Paul Oertmann	Ein Beitrag zur Frage der Prozessunfähigkeit geschäftsbeschränkter Personen Jud. I, 169 ff <u>(Oertmann)</u>
Helmut Pieper	Die materielle Rechtskraft der im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehenden Beschlüsse jur. Diss. Mainz 1953 <u>(Pieper)</u>
Rudolf Pohle	Revision und neues Strafrecht Leipzig 1930 <u>(Pohle)</u>
Rudolf Pohle	Anmerkung zu LG Wiesbaden v. 30.12.35 JW 36, 1395 f <u>(Pohle JW 36)</u>
Rudolf Pohle	Zur Aufhebung der Haftanordnung im Offenbarungseidsverfahren MDR 52, 513 ff <u>(Pohle MDR 52)</u>
Rudolf Pohle	Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis Festschrift für Friedrich Lent München-Berlin 1957 S. 195 ff <u>(Pohle Lent-Festschr.)</u>
Karl Queck	Das Verfahren bei Abnahme des prozessualen Offenbarungseides mit Beschränkung auf die Fälle der ZPO jur. Diss. Leipzig 1906 <u>(Queck)</u>
Max Redlich	Beiträge zur Bedeutung des § 15 HGB im Zivilprozess Leipzig 1931 <u>(Redlich)</u>

XIII

G. Reinhold	Zu Fragen des Offenbarungseidsverfahrens SchlHA 55, 184 ff <u>(Reinhold)</u>
Leo Rosenberg	Stellvertretung im Prozess Berlin 1908 <u>(Rosenberg Stellv)</u>
Günther Schäfer	Die materielle Rechtskraft der im Vollstreckungs- verfahren ergangenen Beschlüsse jur. Diss. Heidelberg 1955 <u>(Schäfer)</u>
Schepses	Der Offenbarungseid des früheren gesetzlichen Vertreters ZZP 58, 229 ff <u>(Schepses)</u>
Franz Scherübl	Die Führung des Schuldnerverzeichnisses nach § 915 ZPO eine Angelegenheit der Justizverwal- tung? RPfl. 58, 243 ff <u>(Scherübl)</u>
Wolfgang Schröder	Die Problematik des § 60 KO jur. Diss. Heidelberg 1953 <u>(Schröder)</u>
Rudolf Schultz	Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde zu der sofortigen Beschwerde des Vollstreckungsver- fahrens Berlin 1911 <u>(Schultz)</u>
Schultzenstein	Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlun- gen und Unterlassungen und Prozessunfähigkeit ZZP 35, 475 ff <u>(Schultzenstein)</u>
Alfred Schumann	Der Offenbarungseid und das Haftverfahren in der Praxis Berlin 1929 <u>(Schumann)</u>
Georg Schwalm	Der Vollstreckungseid Leipzig 1930 <u>(Schwalm)</u>
Gerhart Seebach	Das Schuldnerverzeichnis nach § 915 ZPO jur. Diss. Erlangen 1954 <u>(Seebach)</u>
Specht	Konkursverwalter und Offenbarungseid BB 50, 692 f <u>(Specht)</u>
Friedrich Stein	Grundfragen der Zwangsvollstreckung Tübingen 1913 <u>(Stein Grundfragen)</u>

XIV

- | | | |
|-----------------|--|-----------------------------------|
| Adolf Wach | Vorträge über die Reichszivilprozessordnung
2. Auflage Bonn 1896 | <u>(Wach/ Vorträge)</u> |
| Friedrich Weber | Sachaufklärung und Offenbarungseid in der Zwangs-
vollstreckung
Tübingen 1939 | <u>(Weber)</u> |
| Friedrich Weber | Zur Problematik der Prozessführung des Konkurs-
verwalters
Konk. u. Treuh. 1955, S. 102 ff | <u>(Weber Konk. u. Treuh. 55)</u> |
| Hans J. Wolff | Organschaft und juristische Person
Bd. I: Juristische Person und Staatsperson
Berlin 1933
Bd. II: Theorie der Vertretung
Berlin 1934 | <u>(Wolff I/II)</u> |
| Martin Wolff | Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts
Festgabe für Otto Gierke II
Breslau 1910 S. 115 ff | <u>(Martin Wolff)</u> |

Die Unterstreichungen in Klammern ergeben die Zitierweise.

a. A.	- anderer Auffassung
a. a. O.	- am angegebenen Ort
AcP	- Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	- am Ende
BAG	- Bundesarbeitsgericht
BayJMB1	- Bayerisches Justizministerialblatt
BB	- Betriebsberater
BGHZ	- Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BVerfGE	- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DGVZ	- Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung
DJZ	- Deutsche Juristenzeitung
Gruch	- Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
HaftAO	- Haftanordnung
HansRGZ	- Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
h. M.	- herrschende Meinung
HRR	- Höchststrichterliche Rechtsprechung
Jherings Jahrb.	- Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JMBINRW	- Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	- Juristische Rundschau
Jud.	- Judicium
JW	- Juristische Wochenschrift
JZ	- Juristenzeitung
KG	- Kammergericht
Konk. u. Treuh.	- Konkurs und Treuhandwesen
LZ	- Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. E.	- meines Erachtens
MDR	- Monatsschrift für deutsches Recht
m. N.	- mit Nachweisen
N.	- Fussnote
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
OE	- Offenbarungseid
Recht	- Das Recht
Rechtsg.	- Der Rechtsgang
RGZ	- Reichsgericht in Zivilsachen
RN	- Randnote
RPfl	- Der deutsche Rechtspfleger
Rsp	- Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
SA	- Seufferts Archiv
SchlHA	- Schleswig-Holsteinische Anzeigen
s. o., s. u.	- siehe oben, siehe unten
str.	- streitig

u. a.	- und andere(s)
u. U.	- unter Umständen
vgl.	- vergleiche
Warn	- Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts
ZStrW	- Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZwV	- Zwangsvollstreckung
ZZP	- Zeitschrift für Zivilprozess

§ 1. EINLEITUNG UND PROBLEMSTELLUNG

I. Der Vollstreckungseid: Abgrenzung.

Taucht der Begriff "Offenbarungseid" (OE) auf, so wird jeder mit der Praxis des juristischen Alltags Vertraute zunächst an den Fall des § 807 ZPO denken. Bei näherem Zusehen zeigt sich dann, dass nicht nur die ZPO selbst, sondern auch andere Gesetze diese Bezeichnung für auf den ersten Blick auch durchaus gleiche Erscheinungen verwenden. Immer dann nämlich, wenn, wie beispielsweise in den Fällen der §§ 883, 889 ZPO, 259, 260, 2006, 2028, 2057 BGB, 79, 163 FGG, 125 KO u. a. eine bestimmte eidlich zu bekräftigende Auskunft über irgendwelche Vermögensangelegenheiten verlangt werden kann. Bereits ein flüchtiger Überblick über diese verschiedenen Erscheinungsformen des OE zeigt jedoch, dass es sich hierbei um einen komplexen Begriff (1) handelt, der einer näheren Differenzierung durchaus zugänglich ist.

Ohne schon an dieser Stelle ins einzelne gehende Feststellungen treffen zu wollen, lässt sich doch zwanglos eine Unterteilung nach dem Ursprung der Eidspflicht im materiellen oder im Prozessrecht treffen, so dass man also den materiellen und den prozessualen oder Vollstreckungseid (2) unterscheiden kann. Der Haupt- und Wesensunterschied dieser beiden Gruppen ist darin zu suchen, dass die OE-Pflicht beim Vollstreckungseid einzig und allein im Prozessrecht wurzelt, während sie beim materiellen OE auch dann aus dem materiellen Recht hergeleitet werden kann, wenn es sich um Vollstreckungsmassnahmen handelt. Mit Bezug auf die genannten Einzelfälle gesprochen bedeutet das den materiellrechtlichen Charakter sämtlicher in den erwähnten §§ des BGB auftretenden Formen des OE, deren Verfahren in §§ 889 ZPO bzw. 79, 163 FGG geregelt ist. Andererseits ergibt sich die Eidspflicht in §§ 807, 883 ZPO, 125 KO lediglich aus prozessrechtlichen Gegebenheiten.

Lediglich von diesem prozessualen OE soll im Folgenden die Rede sein, einmal deshalb, weil er von der überwiegenden praktischen Bedeutung ist, zum anderen aber auch deshalb, weil sich aus dem prozessualen Standort der Verpflichtung besondere Folgerungen für die hier interessierende Problematik der gesetzlichen Vertretung werden ableiten lassen.

1) vgl. Schwalm S. 1

2) letztere Bezeichnung stammt von Schwalm, S. 3 f.

Zu der allgemein üblichen Unterscheidung

vgl. Rosenberg § 197 I 1 S. 1039

Schönke-Pohle I vor § 899

Baumbach Üb. 1 vor § 899

Wieczorek A Ia, b zu § 899 u. a.

II. Problemstellung.

Worin diese Problematik zu suchen ist, zeigt bereits ein kurzer Blick auf die §§ 807, 883 ZPO, denen hier als den Hauptfällen des Vollstreckungsseides in erster Linie Aufmerksamkeit geschenkt werden soll.

In beiden Bestimmungen (3) heisst es, dass der "Schuldner" den OE zu leisten hat. Das bedeutet aber nach allgemeiner und unbestrittener Auffassung (4) Vollstreckungsschuldner und bezeichnet somit die Person, welche nach dem Vollstreckungstitel zur Geldleistung bzw. zur Herausgabe einer bestimmten Sache verpflichtet ist. Bei dem Stichwort "gesetzliche Vertretung" erhebt sich nun sofort die Frage, ob sie überhaupt als Korrelat für die Prozessunfähigkeit des Vollstreckungsschuldners im allgemeinen und eines nach §§ 807, 883 verpflichteten Schuldners im besonderen erforderlich, ja ob sie mit den Besonderheiten des OE vereinbar ist. Des weiteren ist es bei Bejahung dieser Frage durchaus zweifelhaft, welche Stellung ein gesetzlicher Vertreter erstens im Hinblick auf die Stossrichtung des auf Ableistung des OE zielenden Rechtsbefehles der §§ 807, 883 einnimmt und welche Folgerungen schliesslich aus dieser Stellung zu ziehen sind. Hierbei ist es insbesondere auch problematisch, ob den durch ein OE-Verfahren besonders stark in Mitleidenschaft gezogenen persönlichen Belangen des Vertreters in irgendeiner Form Rechnung getragen werden kann.

Wie man sieht alles Fragen - teils grundsätzlicher, teils praktischer Natur - deren Beantwortung angesichts der Vielzahl von täglich abgewickelten OE-Verfahren (5) ein besonderes Interesse beanspruchen kann.

Für die Lösung dieser Aufgabe sollen die auftretenden Probleme im wesentlichen in der oben angedeuteten Reihenfolge behandelt werden. Dabei werden im Hinblick auf die bei der Personalexekution besonders zu beachtenden Art. 2, 19 Abs. IV, 20 Abs. III GG die Rechte des einzelnen auf möglichst weitgehende Freiheit von staatlichen Zwangseingriffen starke Berücksichtigung finden, denn jede Auslegung hat im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Gesamtsituation zu erfolgen (6).

3) übrigens auch in § 125 KO, wo vom Gemeinschuldner die Rede ist.

4) vgl. Wieczorek B zu § 807

Baumbach 4 B zu § 807

5) Am Amtsgericht München werden beispielsweise für den Sitzungstag eines Vollstreckungsrichters ca. 80 - 100 verschiedene OE-Sachen angesetzt.

6) Zur sog. "verfassungskonformen Auslegung"

vgl. Enneccerus-N. 51 II, 4c S. 319 (mit Nachw. in N. 18) sowie BVerfGE 2, 266 (282) und 8, 28 (33-35).

1. ABSCHNITT

DIE EIDESPFLICHT ALS SELBSTÄNDIGE VERPFLICHTUNG.

§ 2. ALLGEMEINE STELLUNG DES VOLLSTRECKUNGSSCHULDNERS.

Die OE-Pflicht knüpft sich nach dem Wortlaut sowohl von § 807 als auch von § 883 ZPO an die Parteistellung als Schuldner im ZwV-Verfahren (1). Ihr Wesen und ihre besondere Eigenart lassen sich daher nur ergründen, wenn zuvor Inhalt und Umfang dieser allgemeinen Schuldnerstellung genau geklärt sind.

I. Die Person des Vollstreckungsschuldners.

Am Beginn einer Erörterung der allgemeinen Stellung des Vollstreckungsschuldners erhebt sich zunächst noch die Vorfrage, wer denn überhaupt nach der ZPO Vollstreckungsschuldner sein soll (2). An sich geht es dabei um nichts anderes als um die Abgrenzung der Parteien der ZwV von sonstigen Dritten, weshalb diese Frage auch, soweit ersichtlich, erst von Schultz (3) klar formuliert wurde, während sie im allgemeinen nur im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Begriff des Dritten gesehen und beantwortet wurde (4). Ebenso wie sich für den Erkenntnisprozess der rein formelle Parteibegriff durchgesetzt hat, knüpft man auch für die ZwV bei den rein formellen Kriterien Titel und Klausel an und sieht als Vollstreckungsschuldner schlechthin und ausschliesslich denjenigen an, der nach Massgabe von Titel bzw. Klausel Träger der im Vollstreckungstitel festgestellten Schuldpflicht ist (5). Es mag in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob es den Begriff eines einheitlichen, dem Prozessrechtsverhältnis vergleichbaren Vollstreckungsverhältnisses zwischen den Parteien der ZwV gibt, welches mit Erteilung der Klausel beginnt (6), oder ob man nur von einzelnen

1) Über die Zugehörigkeit des OE-Verfahrens zur ZwV vgl. unten § 3 II 2, N. 21.

2) Diese Frage hängt allerdings mit der erst zu klärenden Natur der Eidespflicht eng zusammen, vgl. unten § 3 II, § 5.

3) a. a. O. S. 148

4) vgl. Gaupp-Stein II 4 zu § 771 und das Zitat bei Schultz S. 149 N 32

Kleinfeller § 143 I 3 S. 591

RGZ 30, 386

RG Gruch 53, 1055

5) So Rosenberg § 179 I 2 S. 930

ähnlich Schönke-Pohle II 4 vor § 704

Wieczorek B V zu § 704 spricht vom Leistungs- oder Duldungsschuldner, der sich aus dem Titel ergibt

Baumbach Gr 3 E vor § 704.

6) Dafür Hein Identität II S. 8 N. 15 II und S. 84 N. 27 anscheinend auch Schultz S. 150 und Blomeyer S. 16, der es jedoch mit dem Gläubigerantrag beginnen lässt und nicht wie Hein a. a. O. mit der Erteilung der Vollstreckungsklausel.

Vollstreckungsakten sprechen kann, deren Durchführung ein Verhältnis zwischen Gläubiger bzw. Schuldner und Vollstreckungsorgan entstehen lässt (7). Da ein begründeter Anlass, für die ZwV von dem allgemeinen formellen Parteibegriff der ZPO abzugehen, nicht besteht (8), ist es jedenfalls richtig, dass mit der Erteilung der Vollstreckungsklausel feststeht, gegen wen die ZwV betrieben werden darf (9). Dem trägt auch § 759 Abs. I ZPO Rechnung, denn hiernach hat spätestens gleichzeitig mit dem Vollstreckungsbeginn die Zustellung von Titel und Klausel zu erfolgen. Diese Regelung ist auch durchaus einleuchtend, weil durch die Zustellung gerade der Vollstreckungsschuldner von der bevorstehenden ZwV Kenntnis erhalten soll, seine Person daher also bereits durch Titel und Klausel bestimmt sein muss. Zwar will Schultz (10) den Begriff des Vollstreckungsschuldners dahingehend einschränken, dass dieser stets Träger desjenigen Vermögens sein muss, zu dem die festgestellte Verpflichtung als Passivum gehört. Diese Frage kann aber hier dahingestellt bleiben, weil auch in den von Schultz herangezogenen Beispielen die im Titel benannte Person wenigstens insoweit Vollstreckungsschuldner ist, als ihr Vermögen der Vollstreckung aus dem Titel unterliegt (11). Durch eine dementgegen durchgeführte ZwV verliert aber der Vollstreckungsschuldner nicht etwa seine Eigenschaft als Partei, sondern er ist lediglich für die Geltendmachung von Rechtsbehelfen wie ein Dritter gestellt.

Es ist daher festzuhalten, dass sich die Person des Vollstreckungsschuldners und damit die Parteirolle in der ZwV grundsätzlich nach dem Inhalt von Titel und Klausel bestimmt.

7) So Hellwig Syst. II § 273 2, 3 S. 156/7

Rosenberg § 170 II 3 S. 884

8) vgl. Braun S. 91 ff (93)

9) Es wird daher auch ganz richtig gesagt, dass der Titel am Beginn der ZwV steht

vgl. Stein Grundfragen S. 10; einschränkend Bettermann S. 33 N. 42

10) a.a.O. S. 151/152

11) Für den Konkursverwalter und den Testamentsvollstrecker gilt das nur vom Standpunkt der Amtstheorie aus, während das Problem für die im Schrifttum wohl herrschende Vertretertheorie überhaupt nicht auftaucht. - Die angeführten Beispiele der Vollstreckung gegen Ehegatten haben angesichts des Gleichberechtigungsgesetzes an Aktualität verloren.

II. Inhalt der Schuldpflicht.

1.) Begreift man das Wesen der Zwangsvollstreckung als die "Zwangsbefriedigung eines materiellrechtlichen Anspruchs des Gläubigers" (12), so ergibt sich schon daraus, welche Folgen sich für die im Titel benannte Person aus ihrer Schuldnerstellung ergeben können. Ist jemand nach Titel und Klausel Vollstreckungsschuldner, dann ist eben dem Gläubiger die Möglichkeit für die Zwangsbefriedigung irgendeines Anspruchs gegen den Schuldner eröffnet. Eine solche Feststellung ist selbstverständlich viel zu allgemein, um praktikabel sein zu können. Man braucht sich aber mit ihr nicht zu begnügen, denn auch der Inhalt dieses Anspruchs ergibt sich aus dem Vollstreckungstitel, so dass die Handlungs- und Duldungspflichten des Schuldners wenigstens mittelbar aus den für die Zwangsbefriedigung gerade dieses Anspruchs vorgesehenen Möglichkeiten folgen.

Nach dem System unseres Vollstreckungsrechts hat man zwei Hauptgruppen von materiellen Ansprüchen zu unterscheiden, für deren Befriedigung jeweils verschiedene Wege eröffnet sind (13):

Bei der ZwV wegen Geldforderungen hat der Schuldner grundsätzlich die Pfändung in sein gesamtes bewegliches Vermögen (körperliche Sachen sowie Forderungen und Rechte) zu dulden, was regelmässig mit der Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfandobjekt endet. Als Möglichkeiten der Zwangsbefriedigung aus dem unbeweglichen Vermögen stellt § 866 Abs. I ZPO die Eintragung einer Sicherungshypothek, die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zur Verfügung. Ist aus besonderen Gründen (Zahlungsunfähigkeit usw.) die Befriedigung mehrerer Gläubiger im Wege der Vollstreckung in einzelne Vermögensgegenstände nicht zu erwarten, dann ist sogar die Verwertung des gesamten Schuldnervermögens im Konkurs möglich.

Im Falle der ZwV wegen anderer als Geldforderungen hat der Schuldner je nach Art der Forderung entweder die Wegnahme von Sachen durch den Gerichtsvollzieher zu dulden oder selbst bestimmte Handlungen vorzunehmen. Handelt es sich dabei um vertretbare Handlungen, so hat der Gläubiger u.U. das Recht zur Ersatzvornahme. Ist die Handlung nicht vertretbar (14) und hängt sie aus-

12) So Bettermann S. 25, der sich m.E. zu Recht dagegen wendet, wenn verschiedentlich anstatt "Befriedigung" Verwirklichung und anstatt "Anspruch" Leistungs- und Haftungsanspruch gesetzt wird (vgl. Rosenberg § 169 I S. 879); vgl. die eingehende Begründung S. 25 ff. Für die im Text gezogene Folgerung spielt die Frage keine Rolle.

13) vgl. dazu Rosenberg § 171 S. 887 f

Blomeyer S. 7 ff

Schönke-Pohle II 3 vor § 704

Förster-Kann 10 vor § 704 u.a.

14) Der Fall der §§ 893 ff ZPO kann hier ausser Betracht bleiben, weil eine direkte Einwirkung auf den Schuldner nicht stattfindet, sondern das Vollstreckungsziel durch eine Fiktion erreicht wird.

schliesslich vom Willen des Schuldners ab, so kommt Beugezwang in Frage, während der Gläubiger bei nicht ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhängigen unvertretbaren Handlungen u.U. eine Interessseforderung geltend machen kann. Schliesslich hat der Schuldner bei Verstossen gegen die Pflicht, bestimmte Handlungen zu dulden oder zu unterlassen, persönliche Strafen zu gewärtigen (15).

2.) Trotz der Vielzahl möglicher Zwangsmassnahmen gegen den Schuldner ist den aufgezählten Vollstreckungsarten doch eines gemeinsam. Die dem Schuldner obliegende Schuldpflicht, deren Erfüllung durchgesetzt werden soll, das heisst also von der Warte des Gläubigers aus gesehen der durch die ZwV zu erreichende Erfolg (16) ist nach Art und Umfang aus dem Titel bereits ersichtlich. Lässt man die Fälle unrichtiger Vollstreckungstitel ausser Betracht, so kann diese Schuldpflicht auch überdies auf eine bestehende materielle Verpflichtung des Schuldners zurückgeführt werden.

Gerade in diesen beiden Punkten nimmt die prozessuale OE-Pflicht gemäss §§ 807, 883 ZPO allem Anschein nach eine Sonderstellung ein, weil sie sich weder unmittelbar aus dem Titel ergibt noch auf eine materielle Pflicht zur Eidesleistung zurückgeht. Inwieweit sie sich trotzdem in unser System der Zwangsbefriedigung materieller Ansprüche einordnen lässt, ist Gegenstand der weiteren Untersuchung im folgenden Paragraphen.

Festzuhalten ist noch, dass der Schuldner im Rahmen der aufgezählten Vollstreckungsmöglichkeiten in erster Linie nur passiv am Verfahren bereiligt ist. Das ist auch durchaus einleuchtend, weil die ZwV ja nur insoweit erforderlich ist und ihrem eigentlichen Zweck entsprechend durchgeführt wird, als der Schuldner nicht freiwillig die Ansprüche des Gläubigers befriedigt. Dieser Zwangscharakter der Vollstreckung bringt es mit sich, dass aktives Handeln des Schuldners nur in Frage kommt, wenn dieses Handeln als solches Inhalt der Schuldverpflichtung ist. In allen anderen Fällen wird der erstrebte Erfolg, die Befriedigung des Gläubigers, auf anderem Wege erreicht. Zur Wahrung seiner durch allgemeine oder speziell vollstreckungsrechtliche Vorschriften geschützten Interessen muss der Schuldner allerdings bei allen Vollstreckungsmassnahmen aktiv auftreten.

15) Zum Vorhergehenden vgl. insbesondere Blomeyer S. 7 ff

16) vgl. Rosenberg § 172 II 2a S. 890 f.

§ 3. DIE OFFENBARUNGSEIDSPFLICHT

I. Inhalt der Verpflichtung.

Wenn auch die Offenbarungseidspflicht in den beiden hier zu untersuchenden Fällen der §§ 807 und 883 ZPO an verschiedene Voraussetzungen geknüpft ist (1) und auch, entsprechend dem jeweiligen Vollstreckungsziel vom Schuldner verschiedene Eidesnormen aufgestellt sind, so lässt sich doch in beiden Fällen die Verpflichtung des Schuldners nach den gleichen Gesichtspunkten aufgliedern.

1a) Betrachtet man zunächst § 807 ZPO im Hinblick auf das, was dem eigentlichen Eid vorauszugehen hat, so ergibt sich nach dem Gesetzeswortlaut, dass der Schuldner ein Verzeichnis seines Vermögens vorzulegen hat, welches den Voraussetzungen der Ziffern 1-3 genügt, und ausserdem für seine Forderungen Grund und Beweismittel angeben muss. Diese Vorlage des in § 807 ZPO verlangten Vermögensverzeichnisses ist aber erst die Endstation einer Reihe vom Schuldner vorher vorzunehmender Handlungen. Der Schuldner hat die geforderten Auskünfte über sein Vermögen "nach bestem Wissen und Gewissen" zu erteilen, § 807 Abs. II ZPO. Daraus folgt, dass er ein bestimmtes Wissen verantworten können und sich daher zunächst auf irgendeine Weise verschaffen muss. Das geschieht in der Regel dadurch, dass der Schuldner (2) im Hinblick auf den Bestand seines Vermögens Überlegungen anstellt und sein Gedächtnis anstrengt, welche Gegenstände er anzugeben hat. Hauptsächlich von Seiten der Praxis (3) wird diese Pflicht sogar dahingehend verstanden, dass der Schuldner, wenn auch in beschränktem Rahmen, Erkundigungen einzuziehen und Nachforschungen anzustellen hat, ob ein Gegenstand im Zweifelsfalle zu seinem Vermögen gehört. Jedenfalls seit der Neufassung des § 426 ZPO durch die Novelle vom 27.10.30 ist klar gestellt, dass eine derartige Pflicht des Schuldners, sich bei Unkenntnis über den Vermögensstand zu unterrichten, auch im Sinne des Gesetzes liegt (4). Da sich andernfalls gerade Schuldner mit einem schwer überschaubaren Vermögensbestand (Warenlager, Maschinen, Depots u.a.) immer auf ihre Unkenntnis herausreden

1) Bei § 807: fruchtlose Sachpfändung im Rahmen der Geldvollstreckung bzw. Glaubhaftmachung der zu erwartenden Fruchtlosigkeit.

Bei § 883: fruchtlose Vollstreckung wegen Herausgabe. Über die rein prozessuale Rechtsnatur dieser Voraussetzungen vgl. unten III.

2) In der Praxis wird er dabei weitgehend durch die für das Vermögensverzeichnis verwendeten Vordrucke unterstützt.

3) vgl. Huyke 28 zu § 807, S. 87

RG DJZ 25, 1336

Recht 27, Nr. 2062

Wieczorek setzt das in D III a 1 zu § 807 wohl voraus.

4) vgl. Schönke-Pohle IV zu § 883, bei N. 21

und dadurch den OE zu einer blossen Formalität abwerten könnten, wird diese Erweiterung zu billigen sein. Der Schuldner ist daher stets verpflichtet, beim OE ein ins Einzelne gehendes Wissen (5) über seinen Vermögensbestand bereit zu haben. Man kann die vom Schuldner in diesem Abschnitt verlangte Tätigkeit deshalb unter dem Schlagwort "Wissenserforschung" zusammenfassen. Das Ergebnis dieses "Wissenserforschungsprozesses" hat der Schuldner dann schriftlich zu fixieren und das so entstandene Vermögensverzeichnis (6) dem Gericht vorzulegen. Untersucht man diese beiden Etappen, schriftliche Abfassung und Vorlage des Verzeichnisses näher, so ergibt sich, dass sie insgesamt den Zweck verfolgen, das Wissen des Schuldners dem Gericht und damit dem Gläubiger mitzuteilen. Lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen hat der Gesetzgeber dafür die Form der Vorlage des schriftlichen Vermögensverzeichnisses festgelegt. Inhaltlich stellt sich der gesamte Vorgang als Wissenserklärung dar und er soll daher im weiteren Verlauf auch so bezeichnet werden. Auch wenn man, wie das allgemein der Fall ist (7), eine Besprechung des Verzeichnisses mit dem Schuldner für zweckmässig oder gar notwendig hält, so kann der Schuldner durch entsprechende Fragen oder Vorhalte lediglich zur noch genaueren Fixierung seines Wissens und schliesslich zur Mitteilung des durch Erinnerung wiedergewonnenen oder bisher zurückgehaltenen Wissens veranlasst werden.

Wenn auch diese "Wissenerklärung" ebenso gut schriftlich erfolgen konnte (8) hat der Gesetzgeber doch in den §§ 900/901 ZPO das persönliche Erscheinen des Schuldners zwingend angeordnet. Zwar erklärt sich diese Pflicht zum persönlichen Erscheinen auch daraus, dass der zur Bekräftigung der Wissenserklärung geforderte Eid nur persönlich geleistet werden kann. Das ändert aber nichts daran, dass dadurch neben Wissenserforschung und Wissenserklärung auch noch das Erscheinen vom Schuldner gefordert wird.

-
- 5) oder Nichtwissen. Da der Schuldner seit der Neufassung des § 807 ZPO durch die Novelle vom 20. 8. 53 die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben mit dem Eid zu bekräftigen hat, wird im Gegensatz zum früheren Rechtszustand (vgl. z.B. Huyke 28 zu § 807 ZPO S. 87) das Vermögensverzeichnis auch durch die Auführung nicht zum Vermögen gehörender Gegenstände unrichtig (vgl. Schönke-Pohle N. 31 zu § 807 ZPO m.N.)
- 6) In der Praxis werden "Wissensbildung" und schriftliches Ausfüllen des Vordruckes meist Hand in Hand gehen und sich nicht so scharf trennen lassen, inhaltlich lassen sich aber auch dabei diese zwei Stufen unterscheiden.
- 7) Baumbach 3 F zu 807 (nach Versteck fragen)
Schönke-Pohle III zu § 807
Wieczorek D III b zu § 807 (Belehrungspflicht nach § 139 ZPO)
- 8) jedenfalls wenn man von der Besprechung des Verzeichnisses mit dem Schuldner einmal absieht.

b) Im Falle des § 883 Abs. II ZPO, wo der Schuldner den OE dahin zu leisten hat, dass er die herauszugebende Sache weder besitze noch ihren Verbleib kenne, ist die Situation nicht anders. Allerdings lassen sich hier die einzelnen Stationen des dem Schuldner obliegenden Handelns nicht so genau unterscheiden. Auch zum Zwecke der Erklärung, dass er die Sache nicht besitze, muss der Schuldner zunächst sein Gedächtnis anspannen und sich überlegen, wo die Sache möglicherweise verblieben sein könnte (9). Wenn auch § 883 Abs. II ZPO seinem Wortlaut nach lediglich die Erklärung des Nichtwissens verlangt, so setzt eine solche Erklärung doch voraus, dass der Schuldner zunächst alles die herauszugebende Sache betreffende Wissen sichtet, um dann feststellen zu können, dass er nichts weiss. Dass auch hier eine "Wissenserforschung" stattzufinden hat, wird auch daraus klar, dass der Schuldner nach allgemeiner Anschauung (9) daneben seine positive Kenntnis über den Verbleib der Sache zu offenbaren hat.

Damit ist auch schon gesagt, dass es auch bei § 883 Abs. II ZPO rein qualitativ eine Wissensklärung gibt, wenn sie sich auch in der Regel in der Erklärung des Nichtwissens erschöpft. Daran ändert es auch nichts, dass bei § 883 Abs. II ZPO die Wissensmitteilung bereits in die, u.U. entsprechend abgeänderte (9) Eidesformel gekleidet ist, denn dadurch wird der Erklärungsgehalt nicht betroffen.

Wie bei § 807 ZPO ist auch für § 883 Abs. II ZPO in den §§ 900/901 ZPO der Schuldner verpflichtet, seine "Wissenserklärung" persönlich vor Gericht abzugeben (10).

c) Als beiden Fällen des prozessualen OE (11) gemeinsam ist somit festzuhalten, dass der Schuldner vor der Ableistung des eigentlichen Eides zunächst das ihm zur Verfügung stehende Wissen zu erforschen und sodann das Ergebnis dieser Überlegungen (12) persönlich vor Gericht mitzuteilen hat.

2.) Was den Eid selbst anbetrifft, so heisst es sowohl in § 807 Abs. II ZPO als auch in § 883 Abs. II ZPO schlechthin unter Bezugnahme auf die jeweils verschiedene Eidesnorm: "der Schuldner hat den OE dahin zu leisten, dass". Zwar wurde der OE oben (13) als komplexer Begriff erkannt, der für verschiedene Institute homonym verwendet wird, ohne völlig Gleiches zu bezeichnen. Diese Feststellung ist hier aber dahingehend zu präzisieren, dass die mit OE bezeichneten rechtlichen Erscheinungen insoweit gleich sind, als grundsätzlich die eidliche Bekräftigung einer vom Pflichtigen vorher abgegebenen Wissensklärung in Frage

9) Schönke-Pohle IV zu § 883

Wieczorek D II zu § 883

10) Das hängt allerdings hier noch mehr mit der persönlichen Ableistung des Eides zusammen, da die Eidesformel entsprechend gefasst ist.

11) insoweit übrigens auch den übrigen Offenbarungseiden

12) u.U. bei § 883 II nur in negativer Form

13) § 1 I

steht. Diese eidliche Bekräftigung ist auch das Moment, welches wegen der zu befürchtenden religiösen, moralischen oder auch strafrechtlichen Sanktionen der Erklärung des Pflichtigen überhaupt erst einen Wert verleiht. Wie für alle anderen Fälle von im Zivilprozess möglichen Eiden kommen daher nach allgemeiner Anschauung (14) auch beim OE nach §§ 807, 883 ZPO die §§ 478 ff ZPO zur Anwendung und der Schuldner hat somit die Bekräftigung seiner Wissenserklärung unter Verwendung der in § 481 ZPO vorgesehenen Eideformel vorzunehmen.

3.) Die Frage, was denn inhaltlich beim prozessualen OE vom Schuldner verlangt wird, lässt sich nach obigen Darlegungen also dahin beantworten, dass man insgesamt vier Komponenten der OE-Pflicht feststellen kann, und zwar:

1. Pflicht zur Wissenserforschung
2. Pflicht zur Wissenserklärung
3. Pflicht zum persönlichen Erscheinen
4. Pflicht zur Bekräftigung durch Eid.

Wenn in Erweiterung der bisher getroffenen Feststellungen die sich lediglich auf den tatsächlichen Inhalt der vom Schuldner vorzunehmenden Handlungen beziehen, nunmehr von "Pflichten" des Schuldners die Rede ist, so erhellt daraus, dass, entsprechend dem Zwangscharakter der Vollstreckung, an die Nichtvornahme der oben genannten Handlungen Sanktionen geknüpft sind. Zwar wird es kaum möglich sein, den Schuldner hinsichtlich seiner Pflicht zur Wissenserforschung wirksam zu kontrollieren, wenn die Nichterfüllung nicht mit einer Nichterfüllung auch der weiteren drei Pflichten Hand in Hand geht. Deren Nichterfüllung ist jedoch jederzeit feststellbar und das Gesetz sucht sie daher auch durch die in §§ 900, 901 ZPO zwingend vorgesehene Möglichkeit der Haft AO zu verhindern, welche den Schuldner dem indirekten Zwang (*vis compulsiva*) der Haft aussetzt. Wenn auch die Pflicht des Schuldners, die Haft zu erdulden, nicht immer aktuell wird, weil sie nur eine Folge der Nichterfüllung der anderen, vorausgehenden Pflichten darstellt, ist sie doch ebenfalls als Bestandteil des Gesamtkomplexes "Offenbarungseid", wie er nach §§ 807, 883, 899 ff ZPO in Erscheinung tritt, anzusehen.

II. Wesen der Verpflichtung.

Es hat sich gezeigt, dass die OE-Pflicht aus mehreren Komponenten zusammengesetzt ist. Fragt man nach dem Wesen, das heisst nach der rechtlichen Einordnung der OE-Pflicht als Komplex, so hat man infolgedessen von den einzelnen Komponenten auszugehen, um auf diese Weise möglicherweise allgemeine Kriterien zu gewinnen.

14) vgl. statt aller Huyke S. 57

1.) Bei Zugrundelegung der hM (15), wonach unter Handlung jedes gewollte äussere Verhalten zu verstehen ist, ergibt sich, dass im Stadium der "Wissenserforschung" "Handlungen" des Schuldners jedenfalls insoweit nicht in Frage stehen, als er lediglich über die zu beantwortenden Fragen nachdenkt (16), denn dabei handelt es sich um rein innere Vorgänge (17).

Anders verhält es sich jedoch mit den weiteren Stadien schuldnerischen Verhaltens beim OE. Sowohl die Wissenserklärung als auch das persönliche Erscheinen bei Gericht sowie die Beteuerung durch den Eid selbst stellen sich als ein gewolltes äusseres Verhalten und damit als Handlungen des Schuldners dar.

Wenn auch die reine Gedächtnisprüfung des Schuldners keine Handlung darstellt, so dient doch die Wissenserforschung der Vorbereitung des weiteren vom Schuldner verlangten Verhaltens und steht daher in engem Zusammenhang damit. Betrachtet man dieses Verhalten daher insgesamt, so ergibt sich, dass die Eidspflicht des Schuldners als eine Pflicht zur Vornahme einer Reihe bestimmter Handlungen zu charakterisieren ist. Und zwar handelt es sich dabei durchweg um solche Handlungen, die nur vom Schuldner höchstpersönlich vorgenommen werden können. Wenn nämlich das Gesetz strafrechtliche Sanktionen daran knüpft, falls der Schuldner sein eigenes aufgrund Gedächtnisprüfung parates Wissen persönlich vor Gericht nicht richtig offenbart (19), so erscheint eine Vertretung des Schuldners dabei schlecht denkbar.

Die Vornahme der in Frage stehenden höchstpersönlichen Handlungen ist also in der Regel lediglich vom Willen des Schuldners abhängig. Wenn das Gesetz daher als Sanktion für ihre Nichtvornahme Haft vorgesehen hat, so stellt dies ein Mittel der Willensbeugung und damit eine reine Erzwingungsstrafe dar und hat nicht etwa Strafcharakter (20).

15) vgl. Enneccerus-Nipperdey 14. Auflage § 137 I S. 573: "gewollte oder voraussehbare Bewirkung eines äusseren Erfolges"

Lehmann § 20 IV: "gewolltes äusseres Verhalten"

Rosenberg § 59 S. 271: jedes äussere auf einem bewussten Willen beruhende Verhalten

16) vgl. Enneccerus-Nipperdey und Lehmann aaO.

nicht "Vorgänge des Seelenlebens" oder "innere Vorgänge"

17) anders allerdings bei nach aussen sichtbaren Erkundigungen vgl. oben I 1a

19) der Meineid ist ein "eigenhändiges" Delikt vgl. Mezger LK I 5a vor § 47 StGB

20) Schönke-Pohle II vor §§ 899 ff

Baumbach Üb 2 vor § 899

Isaac ZStrW 21, 625 ff

Huyke S. 22 und N. 2, 3

Maurach S. 7

2.) Die hM rechnet die Abnahme des prozessualen OE mit Recht zur ZwV (21) und sein Zweck wird daher auch von dem allgemeinen Ziel der ZwV bestimmt. Dieses wurde bereits oben (22) in der Zwangsbefriedigung eines materiellrechtlichen Anspruchs gefunden. Wenn auch der OE diesen Zweck nicht unmittelbar erreichen kann, so dient er doch mittelbar seiner Durchsetzung, indem er dem Gläubiger mit der Kenntnis von den Vollstreckungsobjekten die Möglichkeit weiterer Vollstreckungsmassnahmen eröffnen und damit die Befriedigung vorbereiten will (23). Das Gesetz bedient sich dabei mit dem OE eines Verfahrens, welches Elemente einer Beweisaufnahme sowie des früheren Parteieides aufweist (24); der Schuldner, als die eine Partei der ZwV, hat persönlich vor Gericht Auskunft über bestimmte Tatsachen (Vermögensverhältnisse) zu geben und deren Richtigkeit mit dem Eid zu beteuern (25). Der Hautunterschied zu den genannten Beweisaufnahmeverfahren

21) fast unbestritten

vgl. Jonas-Pohle S. 33 m. N. aus Rechtspr. und S. 50

Schwalm S. 24

Huyke S. 25

Falkmann-H 1 zu § 807

Fraeb Rechtsg. II, 48, 52-53

Schumann S. 55

dagegen z.B. Hossfeld ZJP 51, 134: keine unmittelb. Anspruchsverwirklichung (aber mittelbare!)

22) § 2 II 1 mit N. 12

23) Der OE wird daher auch als vollstreckungsrechtl. Hilfsmittel zur Erzielung eines anderweitigen Vollstreckungszweckes bezeichnet

vgl. Seebach S. 8

Hellwig Syst II, 242

ähnlich Schwalm S. 3 ff; Weber S. 12 f, 38 f; Queck S. 17, 77; Jonas-Pohle Vorbem. a zu § 807 ZPO S. 50;

abweichend neuerdings Reinhold SchlHA 55, 184 ff

24) vgl. dazu insbes. die Ausführungen von Huyke S. 24, 25 der sich auch mit den Einwänden von Francke S. 6 auseinandersetzt, die er aber mit dem Hinweis auf § 622 ZPO m.E. nicht völlig beseitigen kann, weil hier die zu beweisenden Tatsachen vom Gericht eingeführt werden (vgl. Wiczorek A I und B zu § 622)

Rosenberg § 197 I 2 S. 1039

Förster-K 2 vor §§ 445 ff und

LG Münster JM Bl NRW 51, 217

erkennen OE als Parteieid.

25) Die Pflicht zum persönlichen Erscheinen trifft auch den Zeugen; die Aussagepflicht entspricht der Pflicht des Schuldners zur Wissenserforschung und Wissens-

besteht darin, dass zum Wesen der Beweisaufnahme ein Streit über die Wahrheit bereits behaupteter Tatsachen gehört, während beim OE eine solche bestrittene Tatsachenbehauptung nicht vorliegt (24). Vielmehr führt der Schuldner die mit dem Eid dann zu bekräftigenden Tatsachen selbst in das Verfahren ein. Wenn auch insofern ein wesensmässiger Unterschied zur Beweisaufnahme (durch Zeugen- und Parteieid) besteht, so verdienen dennoch die vorhandenen Parallelen (25) festgehalten zu werden, weil sie u.U. zu Rückschlüssen auf die Rechtsnatur der OE-Pflicht berechtigen.

3.) Bis jetzt konnte festgestellt werden, dass der Schuldner aufgrund der §§ 807, 883 ZPO verpflichtet ist, innerhalb eines der Beweisaufnahme ähnlichen zur ZwV gehörigen Sonderverfahrens bestimmte höchstpersönliche Handlungen vorzunehmen, welche von ihm durch Beugehaft erzwungen werden können. Fragt man nunmehr nach der rechtlichen Einordnung des OE als Gesamterscheinung, so liegt die Vermutung nahe, dass er als Prozesshandlung des Schuldners innerhalb der ZwV angesprochen werden muss.

Soweit diese Frage überhaupt Beachtung findet, wird sie auch in der Tat in diesem Sinne beantwortet (26). Begreift man als Prozesshandlung jedes gewollte äussere Verhalten einer Partei, welches nach Voraussetzungen und Wirkungen vom Prozessrecht geregelt ist (27), so ist dem auch zuzustimmen. Wie gezeigt wurde, geniessen die einzelnen Komponenten des OE mit Ausnahme der Wissens- erforschung Handlungsqualität. Insgesamt ist das mit der Durchführung dieser Einzelakte vom Schuldner zu beobachtende Verhalten vom Prozessrecht in den §§ 807, 883, 899 ff, 478 ff ZPO eingehend geregelt. Legt der Schuldner den OE dementsprechend ab, so ist einmal das Verfahren - abgesehen von der Eintragung ins Schuldnerverzeichnis - beendet, weil die Kenntnis vom Vermögensbestand übermittelt und damit der Hauptzweck erreicht ist. Zum anderen bietet eben das Vermögensverzeichnis u.U. wieder die Grundlage für weitere Vollstreckungsverfahren gegen den Schuldner. Zwar kann diese letztere Wirkung des OE

Fortsetzung der Fussnote 25) von Seite 12:

mitteilung; Zeuge wie Schuldner unterliegen der Pflicht zur Beeidigung. - Zur Zeugnispflicht vgl. Rosenberg § 119 III S. 579 f. Es soll allerdings nicht übersehen werden, dass die Geldstrafen in §§ 380, 390 sowie auch die Haft in § 380 ZPO Ordnungsstrafen als Folgen des Ungehorsams gegen die richterliche Anordnung darstellen, während die Haft in § 390 II und §§ 900/901 ZPO reine Mittel der Willensbeugung sind.

Schönke-Pohle II 2 zu § 390 und IV zu § 380

Wieczorek B IV zu § 390 und B IIa 3 zu § 380

Maurach S. 7/8.

26) Schepes S. 231

27) So Rosenberg § 59 S. 271

ähnl. Schönke-Pohle IV 1a vor § 128

auch bei Zugrundelegung eines verschiedentlich anerkannten einheitlichen Vollstreckungsverhältnisses (27a) seine Beurteilung als Prozesshandlung nicht begründen, weil sie erst mittelbar bei erneutem Tätigwerden des Gläubigers eintritt. Der OE ist aber deshalb insgesamt als Prozesshandlung anzusprechen, weil die erstgenannte Hauptwirkung der vorgenommenen Einzelakte die Verfahrensbeendigung und damit ein prozessualer Tatbestand ist. Diese Erkenntnis ist deshalb von Bedeutung, weil sie dazu zwingt, den OE bzw. das vom Schuldner dabei zu beobachtende Verhalten auch insoweit prozessrechtlicher Betrachtung zu unterziehen, als die Spezialvorschriften zum OE schweigen und lediglich allgemeine Vorschriften aus dem ersten Buch der ZPO in Frage kommen (28).

III. Eidespflicht und Schuldnerstellung im allgemeinen.

Betrachtet man das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen über die Eidespflicht, so ergeben sich hinsichtlich der gegenüber dem Schuldner in Frage kommenden Vollstreckungsmassnahmen keine Besonderheiten. Auch sonst kennt das Vollstreckungsrecht die Pflicht zur Vornahme bestimmter unvertretbarer Handlungen (29), die auch beim materiellen Offenbarungseid des § 889 ZPO die Stadien von Wissenserforschung, Wissensmitteilung, Erscheinen vor Gericht, Beteuerung durch Eid aufweisen und in allen Fällen durch Beugestrafe (30) erzwingbar sind.

Ein entscheidender Unterschied besteht jedoch, wie bereits erwähnt (31) darin, dass die Eidespflicht der §§ 807, 883 ZPO aus dem Titel nicht ersichtlich ist und nicht unmittelbar auf den materiellen Anspruch fundiert ist. Beim prozessualen OE lautet der Titel entweder auf Leistung einer bestimmten Geldsumme, § 807 ZPO, oder auf Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache bzw. einer bestimmten Menge davon, § 883 ZPO. Die Eidespflicht wird vom Prozessrecht an die speziell vollstreckungsrechtliche Voraussetzung der fruchtlosen oder jedenfalls wahrscheinlich fruchtlosen Vollstreckung wegen dieses titulierten Anspruches geknüpft, weshalb der prozessuale OE auch mit Recht als "vollstreckungsrechtliches Hilfsmittel zur Erzielung eines anderweitigen Vollstreckungszweckes" bezeichnet wird (32). Diese Loslösung vom titulierten Anspruch, dessen Befriedigung sie nur noch mittelbar dient, rechtfertigt auch die Frage, ob die Eidespflicht eine völlig selbständige öffentlichrechtliche Pflicht darstellt wie beispielsweise die Zeugnispflicht des geladenen Zeugen (33). Zwar wird der OE in der Regel von dem aus

27a) vgl. dazu § 2 N 6, 7 m.N.

28) vgl. unten § 4 I

29) vgl. § 888 ZPO

30) vgl. N. 20

31) § 2 II 2

32) vgl. oben N. 23

33) vgl. dazu Rosenberg § 119 III S. 579

dem Titel ersichtlichen Vollstreckungsschuldner selbst zu leisten sein, so dass die Annahme einer selbständigen Verpflichtung ohne Folgerungen bliebe. Anders ist das aber dann, wenn eine andere Person als der Titelschuldner den Eid leisten muss, weil hier eine selbständige öffentlichrechtliche Pflicht u.U. besonderen Grundsätzen zu gehorchen hat.

§ 4. GESETZLICHE VERTRETUNG AUCH BEIM OE

I. Schutzbestimmungen als Grund

Nachdem festgestellt werden konnte, dass das vom Schuldner im Rahmen des OE zu beobachtende Verhalten insgesamt als Prozesshandlung anzusehen ist, deren Vornahme mittels Beugehaft erzungen werden kann, erscheint es naheliegend, Schuldner, die den dabei an sie gestellten Anforderungen nicht gewachsen sind, gegen eine solche ZwV zu schützen. Auch den Interessen des Gläubigers wäre wenig gedient, sollte er sich auf die unzuverlässigen Angaben eines Schuldners verlassen müssen, dem die nötige Einsichtsfähigkeit zur Vornahme rechtserheblicher Handlungen fehlt.

1.) Auch im Erkenntnisverfahren findet ein solcher Schutz der Parteien dadurch statt, dass die Zulässigkeit der Klage, der Sachverhandlung und insbesondere der Sachentscheidung sowie die wirksame Vornahme von Prozesshandlungen von und gegenüber den Parteien an das Erfordernis der Prozessfähigkeit geknüpft wird, § 51 ZPO (1). Die Folge des von Amts wegen zu berücksichtigenden (§ 56 ZPO) Fehlens der Prozessfähigkeit als Prozess- und Prozesshandlungsvoraussetzung ist demgemäss die Unzulässigkeit der Klage, der Sachverhandlung und der Sachentscheidung sowie die Unwirksamkeit der von oder gegenüber einem Prozessunfähigen vorgenommenen Prozesshandlung (1a).

Wie festgestellt wurde, gehört die Abnahme des OE gemäss §§ 807, 883 ZPO zur ZwV. Obwohl es innerhalb der ZwV zu Klagen, Sachverhandlungen und Sachurteilen nicht kommt, werden doch von und gegenüber den Parteien vielfach Prozesshandlungen vorgenommen. Da also der mit dem Erfordernis der Prozessfähigkeit verfolgte Schutzzweck wenigstens teilweise auch in der ZwV gegeben ist,

1) Dass die Prozessfähigkeit Prozessvoraussetzung ist, ist unstreitig, vgl. Rosenberg § 43 III 1a S. 186

Nikisch S. 114

Schönke-Schröder-Niese S. 124

Baumbach 4 zu § 51

Der Einwand von Nikisch a. a. O., dass auch die Handlungen eines Prozessunfähigen gewisse Wirkungen hätten und die Prozessfähigkeit deshalb keine Prozesshandlungsvoraussetzung sein könne (im Ergebnis ebenso Gebler S. 12) ist m. E. von Baumgärtel S. 103 überzeugend mit dem Hinweis widerlegt worden, dass ohne die Wirkungen einer Klageerhebung ja eine richterliche Entscheidung über die Prozessfähigkeit unmöglich wäre. Die Prozessfähigkeit wird daher auch allgemein ausdrücklich (so Rosenberg § 43 III 1b S. 187) oder im Ergebnis (so Schönke-Pohle II 2 zu § 51; Wieczorek A II b 1, 2 zu § 51, Baumbach 1 B zu § 56) als Prozesshandlungsvoraussetzung angesehen und behandelt.

1a) vgl. die in N. 1 zitierte Literatur; insbesondere Rosenberg a. a. O.

wird daher auch hier die Prozessfähigkeit der Parteien als notwendig angesehen – wenigstens soweit sie auch in der ZwV noch Schutz verdienen. Im Zusammenhang mit der Ableistung des OE interessiert hier nur die Frage, inwieweit die Prozessfähigkeit auf Seiten des Schuldners erforderlich ist. In diesem Punkt herrscht allgemein Einigkeit darüber, dass Prozessfähigkeit des Schuldners nur insoweit verlangt zu werden braucht, als er im Verfahren in irgendeiner Form selbst mitwirkt oder mitwirken muss (2). Dieser Auffassung kann auch zugestimmt werden, weil einerseits der Zweck der Vorschriften über die Prozessfähigkeit auf den Schutz nicht voll Handlungsfähiger hin gerichtet ist, andererseits aber bereits ein vollstreckbarer Titel gegen den Schuldner vorliegt. Im Ergebnis ist also die Prozessfähigkeit des Schuldners als Voraussetzung in der ZwV nur dann erforderlich, wenn dieser freiwillig oder erzwungen (3) Prozesshandlungen vornimmt. Obwohl diese Folgerung mit aller Deutlichkeit, soweit ersichtlich, bisher noch nicht ausgesprochen wurde, bedeutet das doch eigentlich nichts anderes als einen restlosen Verzicht auf die Prozessfähigkeit als Prozessvoraussetzung (Voraussetzung für die Zulässigkeit des Verfahrens). Oder mit anderen Worten, die Prozessfähigkeit des Schuldners kommt in der ZwV lediglich als Prozesshandlungsvoraussetzung in Betracht (4). Die ZwV gegen einen Prozessunfähigen ist daher zulässig und voll wirksam, soweit keine Prozesshandlungen von oder gegenüber dem Schuldner in Frage stehen.

Da es beim OE nach §§ 807, 883 ZPO um die Erzwingung höchstpersönlicher Prozesshandlungen des Schuldners innerhalb der ZwV geht, ergibt sich das Erfordernis der Prozessfähigkeit des Schuldners schon als Folge der eben getroffenen Feststellung, dass sie Prozesshandlungsvoraussetzung in der ZwV ist. Wenn das OE-Verfahren auch insbesondere bei Streit über die Eidespflicht gewisse An-

2) hM vgl. Wieczorek B V zu § 704

Schönke-Pohle VI 1, b vor § 704

Lent ZwV S. 5

Rosenberg § 179 IV 2 S. 935

Gegen die Bedenken von Müller S. 120 und Schultz S. 270 vgl. N. 4

3) Die Zwangsmassnahmen der Vollstreckungsorgane stellen ihrerseits wieder Prozesshandlungen gegenüber dem Schuldner dar.

4) Wenn man mit der hM (vgl. statt aller Rosenberg § 42 III 1 b S. 187) die Prozesshandlungsvoraussetzung als Voraussetzung der Wirksamkeit einer von oder gegenüber der Partei vorgenommenen Prozesshandlung definiert, so fallen unter diesen Begriff sowohl die freiwilligen oder erzwungenen Handlungen der Parteien, als auch die der ZwV-Organen gegenüber den Parteien. Wenn auch die in der ZwV besonders wichtigen Zustellungen (vgl. § 750 ZPO) nicht selbst Prozesshandlungen sind (Rosenberg § 69 I S. 320; Baumbach 1 A vor § 166), dienen sie doch der Vollendung und Kenntnissgabe von Prozesshandlungen und setzen daher ebenfalls Prozessfähigkeit voraus (§ 171 ZPO).

näherungen an den Erkenntnisprozess aufweist (5), so kommt doch die Prozessfähigkeit als Verfahrensvoraussetzung auch hier nicht in Betracht, da das OE-Verfahren zur ZwV gehört und auch hier die Prozessfähigkeit für jede einzelne von oder gegenüber dem Schuldner vorgenommene Prozesshandlung den Parteiinteressen genügt.

Die Folge der Prozessunfähigkeit des Schuldners wäre nach obigen Ausführungen die Unwirksamkeit aller von und gegenüber ihm vorgenommenen Prozesshandlungen (6), bzw. letzten Endes die Unmöglichkeit, gegenüber einem Prozessunfähigen vom Hilfsmittel des OE Gebrauch zu machen, wodurch die Gläubiger benachteiligt würden. Darüber hinaus hätte der OE eines Schuldners, dem das Gesetz die Fähigkeit zu einer solchen Auskunft abspricht, auch für den Gläubiger nur beschränkten Wert, weil an ihre Richtigkeit keine so hohen Anforderungen gestellt werden könnten.

2.) Es leuchtet ohne weiteres ein, dass diese Folgen der Prozessunfähigkeit nicht tragbar sind.

Da die ZPO in § 51 nur ganz allgemein von der Vertretung nicht prozessfähiger Parteien durch gesetzliche Vertreter spricht, und diese Bestimmung sich überdies in dem mit "Allgemeine Vorschriften" überschriebenen ersten Buch befindet, sollten an sich die zu §§ 51, 52 ZPO allgemein entwickelten Grundsätze der gesetzlichen Vertretung auch im OE-Verfahren anwendbar sein. Man ist daher auch in Rechtsprechung und Schrifttum ausnahmslos der Auffassung, dass für prozessunfähige Schuldner beim OE ihre gesetzlichen Vertreter auftreten müssen (7). Die besondere Schwierigkeit, welche darin liegt, dass beim OE nicht, wie im Normalfall, lediglich eine die Vermögensinteressen des Schuldners berührende Vertretung

5) Deshalb wird das OE-Verfahren auch als "bürgerlicher Rechtsstreit" angesehen; vgl. Jaeger 8 zu § 125 KO; ähnlich Schwalm S. 24.

6) Ableistung des OE, Rechtsbehelfe, Verhaftung u.a.; vgl. genauer unten § 12 II

7) Huyke 32/33

Rosenberg § 197 I 3 S. 1040

Baumbach 4 B zu § 807

Schönke-Pohle IV zu § 807

Hellwig Syst. II S. 153

Falkmann-H 2b zu § 807

Wieczorek B zu § 807

Bondi S. 221

Schepes S. 231

Förster-K 5 zu § 807 und 2 zu § 883

KG JW 32, 3196

OLG Dresden Rsp 6, 144

sondern die Vornahme einer höchstpersönlichen Handlung erforderlich ist, wird entweder überhaupt nicht beachtet oder aber im Hinblick auf die hier offensichtlich gegebene Lücke im Gesetz (8) bewusst übergangen. Zwar wird von manchen Autoren noch die Zulässigkeit einer HaftAO gegen den gesetzlichen Vertreter in Zweifel gezogen (9), nach überwiegender Auffassung (10) wird aber auch sie im Hinblick darauf für zulässig gehalten, dass die Haft als Mittel der Willensbeugung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter möglich sein müsse, weil die Ableistung des OE nur von seinem Willen abhängt (11). Wenn auch praktisch tragbare Ergebnisse, welche den in der ZwV überwiegenden Gläubigerinteressen (12) entsprechen, ohne Zulassung der gesetzlichen Vertretung im vollen Umfang nicht erzielt werden können, so kann doch eine lediglich auf solchen Zweckmässigkeitserwägungen aufgebaute Begründung nicht voll befriedigen. Auszugehen ist allerdings von der Tatsache, dass die ZPO ganz generell die gesetzliche Vertretung Prozessunfähiger anordnet, was demgemäss also grundsätzlich auch für das OE-Verfahren Gültigkeit beanspruchen kann. Wenn **jedoch** für den Normalfall, wo es in erster Linie um die Vertretung in Vermögensangelegenheiten geht, der gesetzliche Vertreter im Prozess die "Stellung der Partei" haben soll (13), so bedarf es im Hinblick auf den besonderen Charakter des OE-Verfahrens

8) vgl. Hellwig II S. 397 und Syst. I S. 194

Holthusen S. 6 ff

9) vgl. Schultzenstein S. 513, der die hM auch für den Vollstreckungseid in Zweifel zieht.

10) Speziell zur Haft beim Vollstreckungseid nur

Hellwig II S. 397 und Syst. I S. 194

Weismann II S. 225

Bondi S. 221 (m. N. der älteren Literatur) und wohl auch Wieczorek, der in B I zu § 899 auf C III b zu § 888 verweist, wo er die Frage zu bejahen scheint.

Die übrigen Autoren bejahen entweder auch die Möglichkeit der HaftAO gegen den Vertreter bei §§ 887-890 ZPO (wie z.B. Rosenberg § 49 II 4b S. 221 Schönke-Pohle V zu § 890 und IV zu § 888 ZPO, Kohler AcP 80, 263) oder sie halten die HaftAO gegen den Schwurpflichtigen für selbstverständlich;

vgl. Huyke S. 32, 33

Falkmann-H. 2b zu § 807

Förster-K 5 zu § 807 und 2 zu § 883

11) So Hellwig Syst I S. 194

12) vgl. Hellwig II S. 397 und N. 67

Zweck der ZwV ist die Gläubigerbefriedigung.

13) vgl. z.B. Rosenberg § 49 II 4b S. 221

einer genauen Überprüfung, inwiefern dieser allgemeine Grundsatz auch für den OE gilt. Dogmatisch ist die Sanktion der Beugehaft gegen den gesetzlichen Vertreter, abgesehen von ihrer unbestreitbaren Zweckmässigkeit nur dann gerechtfertigt, wenn man eine eigene Pflicht des Vertreters bejaht. Das würde aber wiederum eine gewisse Aufspaltung der Parteistellung voraussetzen, die von der hM keinesfalls anerkannt wird. Auch zwingt die "Stellung des gesetzlichen Vertreters wie eine Partei" an sich dazu, dass seine Interessen als Pflichtsubjekt voll berücksichtigt werden, eine Konsequenz, welche von der hM ebenfalls gänzlich ausser Acht gelassen wird. Es ist nach all dem dringend erforderlich, die Rechtsstellung des gesetzlichen Vertreters bei Erfüllung der OE-Pflicht einer genauen Prüfung zu unterziehen, um festzustellen, ob es nicht auch andere als Zweckmässigkeitserwägungen gibt, welche die praktisch fast völlige Gleichstellung des schwurpflichtigen Vertreters mit dem Schuldner rechtfertigen können.

Vorher soll allerdings noch in grossen Umrissen erläutert werden, in welchen Fällen Prozessunfähigkeit und damit die Notwendigkeit gesetzlicher Vertretung anzunehmen ist.

II. Fälle der Prozessunfähigkeit.

Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass es sich bei der Prozessunfähigkeit um einen rein prozessualen Begriff handelt (14), dass sich jedoch die Person des gesetzlichen Vertreters und der Umfang seiner Vertretungsmacht nur nach materiellem Recht (15) bestimmt, auf welches die ZPO in § 52 verweist. Danach ist gesetzliche Vertretung grundsätzlich immer und nur dann gegeben, wenn die Begründung der Vertretungsmacht vom Willen des Vertretenen unabhängig ist (16).

1. Gesetzliche Vertretung im engeren Sinne.

a) Ein echter Fall von Prozessunfähigkeit und gesetzlicher Vertretung liegt jedenfalls bei den nicht voll geschäftsfähigen natürlichen Personen vor, an welche das

14) vgl. Schönke-Pohle I 2 zu § 51

Rosenberg § 43 I S. 183

Baumbach Üb. 1 vor § 50

15) Schönke-Pohle IV 3, 4 und V zu § 51

Rosenberg § 49 II S. 219 und Stellv. S. 558 f, 775 f

Wieczorek D zu § 51

Baumbach 2 A zu § 51 und Nikisch S. 116

16) vgl. Rosenberg § 49 I S. 218 und

Stellv. S. 535 ff, 547 f

Schönke-Pohle IV zu § 51

Wieczorek D I zu § 51

Baumbach 2 A zu § 51

Gesetz auch in §§ 51, 52 ZPO in erster Linie gedacht hat. Auch hier herrscht zwar Einigkeit nur bezüglich der Geschäftsunfähigen (17). Da jedoch eine Anwendbarkeit der §§ 107-109 BGB auf die Prozessfähigkeit von der hM (18) zu Recht abgelehnt wird, und die Fälle der sogenannten sachlich beschränkten Prozessfähigkeit bei §§ 112-114 BGB für den Vollstreckungseid kaum Bedeutung haben und noch dazu umstritten sind (19), soll im Folgenden grundsätzlich vom Erfordernis gesetzlicher Vertretung aller nicht voll Geschäftsfähigen im OE-Verfahren ausgegangen werden.

b) Gemäss § 53 ZPO gibt es eine sogenannte relative Prozessunfähigkeit sonst geschäfts- bzw. prozessfähiger Parteien, sofern diese trotzdem einen gesetzlichen Vertreter (Pfleger) haben und von ihm auch vertreten werden. Da in unserem Zusammenhang nur die Passiv- (Schuldner-) Seite von Interesse ist, kommen für die weitere Erörterung lediglich die Fälle in Frage, wo gegen diesen Pfleger vorgegangen werden muss. Das ist aber nur dann möglich und erforderlich, wenn der Pfleger gerade für solche Angelegenheiten bestellt wurde, zu denen der OE im Einzelfall gehört (20).

2. Gesetzliche Vertretung im weiteren Sinne.

Restlos umstritten ist die Frage, ob es sich auch in den im Folgenden näher zu beleuchtenden Fällen um prozessunfähige Parteien handelt, für welche gesetzliche Vertreter aufzutreten haben.

17) vgl. Rosenberg § 43 II 2a S. 184 f

Schönke-Pohle III zu § 51

Baumbach 1 B zu § 52

Wieczorek B zu § 51

Baumgärtel S. 104

Schönke-Schröder-Niese S. 123

18) vgl. Rosenberg § 43 II 2a S. 184 f

Schönke-Pohle III B zu § 51

Wieczorek B IIa zu § 51

Baumbach 1 zu § 51

Baumgärtel S. 103/104

Schönke-Schröder-Niese S. 122

and. A. nur Oertmann Jud. 1, 171/174

19) Die Offenbarung des gesamten Vermögens wird regelmässig über den Rahmen der §§ 112-114 BGB hinausgehen, so dass nur der Fall des § 883 Abs. II ZPO aktuell werden kann. Völlig ablehnend Huyke S. 32 m.N.; a.A. Falkmann-H 2b zu § 807 m.N.

20) Im einzelnen vgl. unten § 9 II 1

a) Wie ein Blick auf die Erläuterungen der Lehrbücher und Kommentare zeigt, hängt die Entscheidung dieses Problems für die juristischen Personen davon ab, ob man diese je nach Bejahung oder Ablehnung der Organtheorie für fähig bzw. unfähig zu (prozessualen) Handeln ansieht. Die Streitfrage mag jedoch in diesem Zusammenhang auf sich beruhen. Denn ausgehend davon, dass tatsächlich jedenfalls immer eine natürliche Person - sei es als gesetzlicher Vertreter, sei es als Organ - handeln muss, um die juristische Person vertraglich zu verpflichten (§ 52 Abs. I ZPO!) finden die §§ 51, 52 ZPO bei allen Autoren auf die juristischen Personen Anwendung, und den Organen wird daher im geltenden Recht mindestens die Stellung gesetzlicher Vertreter zugewiesen (21).

Für den Vollstreckungseid ergibt sich damit ebenfalls die Notwendigkeit des Auftretens vom Schuldner verschiedener Personen, deren Stellung sich von derjenigen gesetzlicher Vertreter im OE-Verfahren nicht unterscheidet und daher untersucht werden muss.

b) Ähnlich ist es bei den parteifähigen Personenverbindungen wie insbesondere den handelsrechtlichen Personalgesellschaften (22). Auch hier ist der Streit, ob prozessfähig oder nicht (23), für die praktische Auswirkung auf den OE unerheblich, da allgemein Einigkeit darüber herrscht, dass die Personalgesellschaften im Prozess von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern vertreten werden (24), welche wie die gesetzlichen Vertreter Prozessunfähiger im Prozess die Stellung der Partei haben. Das gilt aus den angeführten Gründen auch in der ZwV, und die hieraus im OE-Verfahren für diese Stellung erwachsenden Schwierigkeiten sind infolgedessen nicht anders zu beurteilen als bei der gesetzlichen Vertretung natürlicher Personen.

c) In diesen Zusammenhang gehören schliesslich auch noch die Fälle der sogenannten "Parteien kraft Amtes". Wenn auch deren Rechtsstellung im einzelnen sehr unstritten ist und hier nicht erörtert werden kann, so kommen doch die Ver-

21) vgl. Rosenberg § 42 II 1aB S. 176, § 43 II 1 S. 184 und Stellv. S. 538 N. 1 Hellwig II S. 327, 372

ähnlich Schönke-Pohle IV zu § 51, der die Organe "gesetzliche Vertreter im Sinne der ZPO" nennt.

22) vgl. Wieczorek B I d2 zu § 51 mit weiteren Beispielen

23) vgl. dazu Wieczorek B I d2 zu § 51

Schönke-Pohle III 1 zu § 51 und I 5 zu § 50

Rosenberg § 43 II 1, S. 184

Hueck OHG S. 212 ff

Hellwig II S. 325 ff

24) Über die Streitfrage, ob alle oder nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter den OE leisten müssen

vgl. unten § 9 I.

treter aller Theorien zu dem Ergebnis, dass die jeweils materiell betroffenen Personen (Gemeinschuldner usw.) in den die jeweilige Vermögensmasse betreffenden Prozessen nicht auftreten können. Vielmehr wird diese Parteistellung von den "Parteien kraft Amtes" im praktischen Ergebnis wie von gesetzlichen Vertretern eingenommen (25). Da auch für die ZwV und das OE-Verfahren nichts anderes gelten kann, treten auch bei den "Parteien kraft Amtes" hinsichtlich ihrer Stellung als Schwurpflichtige die geschilderten Zweifelsfragen auf.

d) Wie verschiedenartig die hier aufgezählten Fälle im einzelnen auch sind, und wie umstritten insbesondere die Frage ist, ob es sich um die gesetzliche Vertretung Prozessunfähiger handelt, so ist die Problematik der Stellung des für den materiell betroffenen Rechtsträger auftretenden Schwurpflichtigen doch überall die gleiche wie bei der gesetzlichen Vertretung Prozessunfähiger. Aufgrund dieser gleichartigen Problematik erscheint es daher gerechtfertigt, diese Fälle unter der Sammelbezeichnung "gesetzliche Vertretung im weiteren Sinne" zusammenzufassen und für die folgende Untersuchung der Stellung des Schwurpflichtigen der gesetzlichen Vertretung Prozessunfähiger gleich zu behandeln.

25) Für die Vertretertheorie, welche § 53 ZPO entsprechend anwendet

(vgl. Rosenberg § 43 II 2c S. 185

Jaeger-Lent Vorb XIV vor §§ 6-9 KO

Lent ZZP 62, 129 ff)

folgt das schon aus ihrem Ausgangspunkt.

Aber auch die hM

(vgl. RGZ 73, 315

Baumbach 1 B zu § 52

Schönke-Pohle III C zu § 51

Wieczorek C II a zu § 51)

welche den materiell Betroffenen wegen mangelnder Sachbefugnis ausschliesst, kommt praktisch zu denselben Ergebnissen (vgl. Lent a. a. O. S. 172).

§ 5. DIE EIDESPFLICHT DES GESETZLICHEN VERTRETERS.

I. Die Pflichtsubjektivität.

1.) Wenn der gesetzliche Vertreter nach der üblichen Ausdrucksweise im Prozess die "Stellung der Partei" innehaben soll, so ist damit im einzelnen recht wenig ausgesagt, und insbesondere im Hinblick auf die Parteipflichten (1) herrscht völlige Unklarheit. Da es bei den §§ 807, 883 ZPO um die Pflicht des Schuldners zur Vornahme höchstpersönlicher Prozesshandlungen geht, ist aber gerade dieser Punkt von ausschlaggebender Bedeutung.

a) Zwar kann hier nicht der Ort sein, auf das Wesen der Pflicht im allgemeinen und der Rechtspflicht im besonderen einzugehen. Als wesentlich muss aber doch festgehalten werden, dass zum Begriff der Rechtspflicht ein an den Verpflichteten gerichteter Befehl der Rechtsordnung zu einem bestimmten Verhalten gehört (2). Die Ausführung dieses Befehles sucht das Gesetz, abgesehen von der Erzwingbarkeit, zunächst dadurch zu erreichen, dass es auf den Willen des Adressaten motivbildend einwirkt (3): Allein die Tatsache des Gesetzesbefehles soll den Verpflichteten dazu veranlassen, sich irgendwie zu verhalten, was seinerseits zwingend den Willen des Adressaten zu diesem Verhalten erfordert. Der Begriff der Rechtspflicht setzt infolge dieses Willensappells also zweierlei voraus. Erstens ist auf Seiten des Adressaten die nötige Einsichtsfähigkeit notwendig, den Befehl der Rechtsordnung überhaupt als solchen zu erkennen (4) und damit in den Motivationsprozess einzubeziehen. Zweitens muss aber der angesprochene Wille von der Rechtsordnung als rechtlich bedeutsam anerkannt sein, weil andernfalls auch das auf ihm beruhende Verhalten unerheblich und damit der durch den Befehl angestrebte Erfolg nicht erreicht ist.

b) Fehlen beide oder auch nur eine dieser Voraussetzungen, so hilft sich die Rechtsordnung dadurch, dass die Pflichterfüllung in die Hände Dritter gelegt ist, wie in sämtlichen hier behandelten Fällen gesetzlicher Vertretung:

Der nicht voll geschäftsfähigen natürlichen Person fehlt es nach der Entscheidung unseres materiellen Rechtes an der für den Rechtsverkehr nötigen Einsichtsfähigkeit und es wird ihrem Willen daher keine rechtserhebliche Wirkung beigemessen.

Ein voll Geschäftsfähiger hat zwar an sich die nötige Einsichtsfähigkeit, bei Vertretung durch einen Pfleger im Prozess erkennt das Gesetz in § 53 ZPO seinen Willen aber insoweit nicht als rechtserheblich an, um Komplikationen zu vermeiden.

1) Für das Bestehen echter Pflichten der Partei neuerdings überzeugend Lent ZJP 67, 344 ff

2) v. Tuhr I S. 93

Baumgarten II S. 35

3) v. Tuhr I S. 96

4) Baumgarten II S. 36

Wolff I 104, 118 und mehrfach

Auch bei den juristischen Personen und parteifähigen Personengesamtheiten fehlen, je nach dem zu ihrer Handlungsfähigkeit vertretenen Standpunkt, beide oder nur eine der genannten Voraussetzungen. Für diejenigen, welche Handlungs- bzw. Prozessunfähigkeit annehmen, ist die Situation dieselbe wie bei den nicht voll geschäftsfähigen natürlichen Personen. Hält man die juristische Person bzw. die parteifähige Personengesamtheit dagegen für durch ihre Organe handlungsfähig, so ergibt sich aus dieser Konstruktion zwar auch die Rechtserheblichkeit des Willens dieser Rechtsgebilde. Die nötige Einsichtsfähigkeit, einen Gesetzesbefehl als solchen zu erkennen dagegen, kommt nur den als Organe handelnden natürlichen Personen zu.

Das Auftreten von "Parteien kraft Amtes" schliesslich beraubt den wirklich betroffenen Rechtsträger zwar nicht seiner Einsichtsfähigkeit, aber die Rechtsordnung erkennt seinen Willen in einem bestimmten Bereich nicht als rechtserheblich an (5), so dass auch er in diesem Bereich an sich nicht Pflichtsubjekt sein kann.

2.) Das Problem, wer nämlich als Pflichtsubjekt anzusehen ist, der Rechtsträger oder der für ihn auftretende Dritte, ist in allen Fällen gesetzlicher Vertretung dasselbe. Wenn man in aller Regel nur den durch das Institut der Vertretung verfolgten Zweck in den Vordergrund stellt und die Wirkungen des Vertreterhandelns auf die Rechtsstellung des Vertretenen als Indiz für die Pflichtsubjektivität des Rechtsträgers ansieht, so ist dieser Schluss nicht immer zwingend. Zwar besteht an sich keine andere Beweismöglichkeit, als aus den Auswirkungen der Erfüllungshandlungen auf die Rechtsstellung der beiden Beteiligten die Pflichtsubjektivität abzuleiten. Dabei darf aber nicht die enge Verknüpfung der Lebenssphären von Vertreter und Vertretenem und die daraus sich ergebenden Auswirkungen des Vertreterhandelns auf seine eigene Rechtsstellung ausser Betracht bleiben, wie sie insbesondere bei strafbaren und unerlaubten Handlungen des Vertreters deutlich werden. Wenn auch als Folge des Vertretungszweckes im allgemeinen die Auswirkungen der zur Pflichterfüllung vom Vertreter vorgenommenen Handlungen vornehmlich den Rechtsträger treffen, so ist diese Erfüllung doch tatsächlich nur Sache des Vertreters und dieser ist ja auch - wenigstens im Innenverhältnis - selbst dazu verpflichtet. Es besteht hier ein fast unauflöslicher Widerspruch zwischen der Unmöglichkeit, den Rechtsträger zum Adressaten von Rechtsbefehlen zu machen, und dem Erfordernis, ihn in vollem Umfang und unmittelbar am Rechtsverkehr zu beteiligen. Dieses Dilemma hat zu den verschiedensten Lösungsversuchen Anlass gegeben, von denen hier einige angedeutet werden sollen:

Bereits von Tuhr (6) hat das Bestehen einer Handlungspflicht des gesetzlichen Vertreters anerkannt und, allerdings ausgehend von seiner besonderen Auffassung über

5) Für die Vertretertheorie ergibt sich das aus § 53 ZPO, während die Amtstheorie wegen fehlender Sachbefugnis zu dem gleichen Ergebnis kommt.

6) Bd. I S. 119

die Begriffe Schuld und Haftung (7), den Rechtsträger als lediglich für die Erfüllung haftbar angesehen. In neuerer Zeit hat in ähnlicher Weise H.J. Wolff (8) versucht, die Stossrichtung der Rechtspflichten bei der gesetzlichen Vertretung zu erklären: Pflichtsubjekt ist mangels Einsichtsfähigkeit des Rechtsträgers dessen Vertreter, während der Vertretene als verpflichtet, das heisst in seinem Interessenbereich betroffen angesehen wird. Auf der gleichen Linie liegt auch die unlängst von Müller-Freienfels (9) vertretene Auffassung, dass das Gesetz seine Pflichtnormen nicht etwa an nicht Einsichtsfähige richte, sondern diese lediglich für ein Verhalten verantwortlich mache, das von den gesetzlichen Vertretern verlangt werde.

All diesen Lösungsversuchen liegt die richtige Erkenntnis zugrunde, dass die Pflichten nur vom gesetzlichen Vertreter erfüllt werden können und müssen, so dass sie praktisch seine Pflichten sind. Wenn man diese Pflichten nach dem geltenden Recht nur im Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen anerkennt und sie schlechthin diesem zurechnet, so bedient man sich dabei des rechtstechnischen Hilfsmittels der Fiktion (10). Zwar erfüllt der Rechtsträger an sich nicht die an den Adressaten eines Gesetzesbefehles zu stellenden Anforderungen und muss daher vertreten werden. Um aber die Konstruktion der unmittelbaren gesetzlichen Vertretung aufrecht zu erhalten, welche die Teilnahme des Rechtsträgers am gesamten Rechtsverkehr gewährleisten soll, wird es einfach so angesehen, als erfülle der Vertreter nur fremde Rechtspflichten.

3.) Das hat dann seinen guten Sinn und Zweck, wenn, wie das im zivilrechtlichen Bereich die Regel ist, Erfüllung oder Nichterfüllung der Rechtspflicht in der Tat fast ausschliesslich auf den Interessenbereich des Rechtsträgers einwirken, indem sein Vermögen vermindert oder seine Rechtsstellung sonst verändert wird. Ist es aber auch dann noch richtig, wenn die Wirkung der Erfüllungshandlung sich in erster Linie oder gar allein auf die Lebenssphäre des Vertreters beschränkt? Soweit man im Anschluss an Nagler (11) die Rechtspflicht gesetzlicher Vertreter an-

7) dagegen z.B. Leonhard S. 37

8) Bd. I S. 104/105; 227 - Bd. II S. 177

9) a.a.O. S. 178

10) vgl. Wolff I S. 118 N. 2

Müller-Freienfels S. 176

Baumgarten II 31/32; 36/37 - ders. Weg S. 488

11) insbes. Sonderverbr. S. 53 ff,

ebenso Mezger LK I 6 cB vor § 51 StGB

sowie Schaefer LK II Vorbem. II a/b vor § 239 KO und

I zu § 244 KO

aber streitig. Dagegen z.B. Bruns JZ 54, 12 ff (13/14) aber nur aufgrund des hier nicht interessierenden Analogieverbots.

erkennt, sich gewissen, im Normalfall an den Rechtsträger selbst gerichteten, strafrechtlichen Geboten oder Verboten entsprechend zu verhalten, so gehört diese Rechtspflicht zur letztgenannten Gruppe. Ganz gleich nämlich, ob der Vertreter ihr nachkommt oder nicht, wird die Stellung des Rechtsträgers davon unmittelbar nicht berührt. Es können höchstens durch die Erfüllung Verhältnisse geschaffen werden, die sich ihrerseits auf die Rechtsstellung des Vertretenen auswirken, so dass die Pflichterfüllung selbst also nur mittelbar auch für den Rechtsträger Folgen hat (12). Obwohl Nagler selbst den Hauptgrund der von ihm angenommenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit gesetzlicher Vertreter in der dem strafrechtlichen Handlungsbegriff entsprechenden Unmöglichkeit krimineller Repräsentation erblickt (13), erscheint seine Ansicht doch auch wegen dieser nur mittelbaren Wirkung der Erfüllungshandlungen gerechtfertigt. Wenn daher Müller-Freienfels (14) im Anschluss an Naglers in erster Linie auf das Strafrecht abgestellte Argumentation die "publizistischen Rechtsbefehle" immer als an den gesetzlichen Vertreter selbst gerichtet ansieht, so lenkt das den Blick darauf, dass es gerade auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Pflichten gibt, deren Erfüllung unmittelbar nur auf den Vertreter einwirkt, so dass die im Zivilrecht übliche Fiktion den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht wird. Da es sich auch beim OE um eine öffentlich-rechtliche Pflicht handelt, ist eine Untersuchung dieses Pflichtenkreises erforderlich.

II. Pflichtsubjekt bei gesetzlicher Vertretung im öffentlichen Recht.

1.) Zwar wird man grundsätzlich davon ausgehen müssen, dass die gesetzliche Vertretung auch das öffentlich-rechtliche Pflichtverhältnis nicht ändert (15), und dass somit auch hier die aus dem Zivilrecht übernommene Fiktion einer Pflicht des Vertretenen in aller Regel ausreicht. Unsere Rechtsordnung kennt aber eine ganze Reihe öffentlich-rechtlicher Pflichten, die auch dem Vertreter unmittelbar auferlegt sind.

Abgesehen davon, dass beispielsweise in §§ 296, 297 AktG, 82 f GmbHG u. a. strafrechtliche Verhaltenspflichten für die Organe bzw. gesetzlichen Vertreter juristischer Personen normiert sind, gibt es auch ausserhalb des strafrechtlichen

12) So knüpfen sich beispielsweise an die vom gesetzlichen Vertreter vorgenommene Führung der Handelsbücher (§§ 38 HGB, 239 I, 3 KO) schwerwiegende Folgen besonders steuerrechtlicher Art (vgl. § 208 AO: Besteuerungsgrundlage), die aber mit der Pflichterfüllung unmittelbar nichts zu tun haben. Ebenso z. B. können die Besteuerungsgrundlagen bei Nichterfüllung der Buchführungspflicht gem. § 217 II AO geschätzt werden.

13) Sondervorb. S. 55

14) a. a. O. S. 176/177

15) vgl. Forsthoff § 10 S. 168

Bereiches noch andere gesetzlich begründete Handlungspflichten gesetzlicher Vertreter. Wenn auch die AO in ihrem § 103 hierin am weitesten geht, so soll doch gerade diese Regelung hier ausser Betracht bleiben, weil sie den gesetzlichen Vertreter für schlechthin alle Pflichten des Rechtsträgers als verpflichtet und haftbar herausstellt, so dass eine Differenzierung nicht möglich ist.

Beispielsweise in §§ 129 - 134 AktG, 41, 42 GmbHG, 33 - 33h GenG werden den Organen juristischer Personen jedoch Pflichten zur Aufstellung von Bilanz und Jahresabschluss auferlegt und Grundsätze aufgestellt, nach denen diese eigentlich den juristischen Personen zurechenbaren Verpflichtungen zu erfüllen sind.

Auch für die Pflicht zur Gewerbeanmeldung gemäss § 14 GewO oder zur Buchführung gemäss §§ 38 - 44 HGB ist man in konsequenter Fortführung der genannten gesetzlich geregelten Fälle der Ansicht, dass bei Geschäftsunfähigkeit der gesetzliche Vertreter die erforderlichen Handlungen vorzunehmen hat (16).

Diese Kette von Beispielen liesse sich zwar noch weiter fortsetzen, für den hier verfolgten Zweck genügt aber die Feststellung, dass entweder das Gesetz selbst oder aber bei seinem Schweigen die dazu entwickelte Praxis in gewissen Fällen, deren Gemeinsamkeiten noch herauszustellen sein werden, den gesetzlichen Vertreter wie ein selbständiges Pflichtsubjekt behandeln.

2.) Lediglich der Bereich des Zivilprozessrechtes, welches ja ebenfalls zum öffentlichen Recht gehört, bedarf noch näherer Beleuchtung, weil er im Hinblick auf den OE besonders interessiert.

Zunächst darf es seit der Untersuchung von Lent (17) als geklärt angesehen werden, dass es im Zivilprozessrecht echte Parteipflichten und nicht nur Lasten gibt. Greift man hier die §§ 138 Abs. I und 141 ZPO heraus, so zeigt sich, dass von der Partei im Falle des § 138 Abs. I ZPO ganz allgemein ein gewisses Verhalten, bei § 141 ZPO auf Grund vorheriger richterlicher Anordnung eine ganz bestimmte Handlung verlangt wird. In beiden Fällen hat die Prozessunfähigkeit der Partei zur Folge, dass die Wahrheits- bzw. Erscheinungspflicht nur von einem gesetzlichen Vertreter erfüllt werden kann. Stellt man dabei eine Untersuchung im Hinblick auf das Pflichtsubjekt an, so zeigt sich für § 138 Abs. I ZPO, dass die unmittelbaren Auswirkungen einer Pflichtverletzung - hier in Form strafrechtlicher Sanktionen - lediglich den Vertreter treffen (18), und dass somit auch die Verhaltenspflicht selbst ihm obliegen müsste. Im Falle des § 141 ZPO ergibt sich diese Konsequenz aus anderen Erwägungen. Zwar berührt auch das Erscheinen oder Nichterscheinen des Vertreters zum Termin die Lebenssphäre der Partei höchstens mittelbar, das Hauptargument für eine persönliche Verpflichtung des gesetzlichen Ver-

16) Allerdings zieht die hM nicht die Konsequenz, eine Pflicht des Vertreters anzuerkennen

17) ZZP 67, 344 ff

18) Die bei Schönke-Pohle I 3 zu § 138 ZPO angeführten Folgen sind, soweit sie überhaupt die Partei betreffen, nur mittelbarer Natur.

treter folgt aber daraus, dass die Pflicht zum persönlichen Erscheinen erst auf Grund einer richterlichen Anordnung konkretisiert wird, die nur dem Vertreter gegenüber ergeht und nur ihn betrifft (19). Wenn auch die hM weder für § 138 Abs. I ZPO noch für § 141 ZPO die hier angedeutete Folgerung auch nur gesehen hat, behandelt sie die gesetzlichen Vertreter doch stillschweigend in beiden Fällen praktisch, als ob sie selbst verpflichtet wären. Das steht aber durchaus im Einklang mit den aufgezeigten Argumenten für eine Vertreterpflicht, so dass diese auch für die Betrachtung der OE-Pflicht Beachtung verdienen.

3.) Ein zusammenfassender Überblick über die dargestellten Fälle teils anerkannt teils im Ergebnis unmittelbarer Vertreterpflichten ist unter zwei Gesichtspunkten möglich:

a) Nach dem Inhalt der Pflichten lassen sich neben allgemeinen Verhaltensgrundsätzen, wie sie insbesondere durch strafrechtliche Normen, aber z.B. auch durch § 138 Abs. I ZPO, aufgestellt werden, solche Pflichten unterscheiden, welche dem Adressaten ganz konkrete Handlungen abverlangen. Letzteres war beispielsweise bei der Pflicht zur Erstellung einer Bilanz, eines Jahresabschlusses, zur Buchführung, zur Gewerbeanmeldung oder zum persönlichen Erscheinen im Prozess der Fall.

Ergibt es sich bei den Verhaltenspflichten von selbst, dass sie den Vertreter treffen müssen, weil der Vertretene Handlungen, die den aufgestellten Grundsätzen widersprechen, überhaupt nicht vornimmt, so folgt das für die Pflichten zu konkretem Handeln aus dem Charakter der jeweils erforderlichen Handlung. Ob es darum geht, einen Jahresabschluss zu erstellen, die Bücher zu führen, ein Gewerbe anzumelden, vor Gericht zu erscheinen usw., immer beschränkt sich der rechtliche Erfolg der Erfüllung auf die bloße Vornahme durch den Vertreter, während die Rechtsposition des Vertretenen dadurch unmittelbar nicht beeinflusst wird. Der einzige unmittelbare Rechtserfolg der Pflichterfüllung liegt hier nämlich darin, dass die betreffende Handlung nicht mehr vorgenommen zu werden braucht, und diese Auswirkung trifft eben nur den Vertreter.

b) Begründet werden die Pflichten für den Vertreter in fast allen angeführten Beispielen durch allgemeine gesetzliche Normierung, und nur bei § 141 ZPO bedarf es einer ausdrücklichen Anordnung. Das ist zwar für die auf eine unbestimmte Vielzahl von Handlungen ausgerichteten Verhaltenspflichten im öffentlichen Recht die Regel (20), nicht aber dann, wenn ein bestimmtes Tun oder Unterlassen von einer Person gefordert wird; hier muss deren Handlungspflicht normalerweise durch eine Einzeleröffnung erst konkretisiert werden. Gerade das Erfordernis einer solchen Einzeleröffnung spricht daher dafür, dass die darin bezeichnete

19) Für § 141 ZPO vgl. Wieczorek A III b zu § 141.

20) Forsthoff § 10 S. 163

Person auch selbst verpflichtet sein soll, weil ihr gegenüber der staatliche, die Pflicht konkretisierende Akt auch ergeht.

c) Hat demnach eine Pflicht Handlungen zum Gegenstand, deren unmittelbare Wirkung sich in ihrer Erfüllung erschöpft und bei deren Vornahme ein bestimmtes Verhalten zu beobachten ist, und wird diese Pflicht noch dazu durch Einzelanordnung begründet, dann trifft diese Pflicht auch den gesetzlichen Vertreter, der sie zu erfüllen hat. Bei kumulativem Auftreten dieser drei, sämtlich für eine individuelle Verpflichtung des Handelnden sprechenden Voraussetzungen, reicht es nicht aus, lediglich den Rechtsträger als Pflichtsubjekt zu fingieren, sondern der gesetzliche Vertreter ist jedenfalls daneben auch selbst als Pflichtsubjekt anzusehen.

Im Hinblick auf diese Voraussetzungen soll nunmehr die OE-Pflicht betrachtet werden.

III. Pflichtsubjekt beim OE.

1.) Als dem öffentlichen Recht angehörend zeigt sich die OE-Pflicht schon deshalb, weil sie im ZwV-Verfahren begründet wird, welches die Zwangsmittel des Staates für den Gläubiger nutzbar macht.

a) Inhaltlich hat sich gezeigt (21), dass der Schwurpflichtige eine Reihe höchstpersönlicher Handlungen vorzunehmen hat. Betrachtet man die unmittelbaren Auswirkungen der vorgenommenen Handlungen für den Fall der Eidesleistung durch gesetzliche Vertreter, so ergibt sich, dass diese nur den Schwurpflichtigen selbst treffen. Erfüllung oder Nichterfüllung der Eidespflicht haben für den Rechtsträger zunächst überhaupt keine unmittelbaren Folgen: lediglich die für eine weitere ZwV in das Schuldnervermögen erforderliche Kenntnis des Gläubigers von Vollstreckungsobjekten wird beeinflusst. Die Folge davon ist aber für die Stellung des Schuldners nur eine mittelbare, denn selbst wenn dem Gläubiger positive Kenntnis vermittelt werden konnte, bedürfen weitere die Rechtsstellung des Schuldners verändernde Vollstreckungseingriffe doch erst noch eines neuen Antrages und gerichtlicher Massnahmen.

Auch die sich aus den §§ 903, 915 ZPO ergebenden Wirkungen des OE für den Schuldner stellen sich erst als mittelbare Folgen einer Ableistung des OE durch den gesetzlichen Vertreter dar. Sie haben nämlich Bedeutung nur für künftige OE-Verfahren, welche erst aufgrund neuer Anträge anderer oder auch desselben Gläubigers in Gang gesetzt werden. Die Stellung des Schuldners selbst im anhängigen OE-Verfahren wird durch die als Nebenfolge von der Eidesleistung oder HaftAO abhängige Eintragung ins Schuldnerverzeichnis nicht verändert, so dass die Erfüllung oder Nichterfüllung der Eidespflicht durch den Vertreter auch im Rahmen von §§ 903, 915 ZPO keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Rechtsträger hat. Einzige unmittelbare Folge der Erfüllung ist vielmehr, dass der gesetzliche Vertreter

21) vgl. oben § 3 I

die erforderlichen Handlungen nicht nochmals im selben Verfahren vorzunehmen hat. Wenn Schultzenstein (22) für den insoweit ähnlich liegenden Fall der Vollstreckung nach §§ 887 ff ZPO die Meinung vertritt, dass diese Handlungen des Vertreters rechtlich nur solche des Vertretenen sind, so zeigt sich die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ohne weiteres bei strafbarem Verhalten des Vertreters (23). Holthusen (24), der die gesamte Argumentation Schultzensteins auch in anderen Punkten mit m.E. überzeugenden Gründen widerlegt, spricht daher auch für §§ 888 ff ZPO davon, dass der Stellvertreter "an Stelle der Partei die Rolle des Schuldners" übernehmen müsse, eine Formulierung, die an sich den Schluss auf Anerkennung einer eigenen Vertreterpflicht nahelegt.

b) Wie schon der Hinweis auf strafbares Verhalten des Vertreters gezeigt hat, treffen auch beim OE die diesbezüglichen Verhaltenspflichten, wie sie insbesondere § 153 StGB aufstellt, den handelnden Vertreter selbst. Damit ist ein weiteres Kriterium gegeben, aufgrund dessen die Anerkennung einer eigenen Vertreterpflicht zu befürworten ist.

c) Was schliesslich den Zeitpunkt des Entstehens der OE-Pflicht anbetrifft, so ist hierfür nicht etwa das Vorliegen der tatbestandsmässigen Voraussetzungen ausschlaggebend. Vielmehr ist es erforderlich, dass die schwurpflichtige Person durch die gerichtliche Ladung genau bestimmt und von ihrer Verpflichtung benachrichtigt wird. Erst durch diesen Publikationsakt entsteht die Eidespflicht (25) und es liegt damit auch die dritte der oben genannten Voraussetzungen vor, welche die Annahme einer eigenen Eidesverpflichtung des geladenen gesetzlichen Vertreters nahelegen.

2.) Dafür sprechen aber nicht nur diese Einzeleröffnung im Zusammenhang mit der auf den Schwurpflichtigen beschränkten Wirkung der Erfüllung und dem Charakter der Verhaltenspflicht, sondern auch noch gewisse Parallelen zum Parteieid und zur Zeugnispflicht.

a) Wenn es auch fraglich erscheint, ob es sich bei dem heute abgeschafften Parteieid um eine Parteipflicht oder lediglich um eine Last handelte - die Frage muss hier dahingestellt bleiben - so bestand für ihn doch in Form des § 473 ZPO eine Regelung über die Behandlung prozessunfähiger Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter. Zwar war diese Bestimmung nach der hM im OE-Verfahren unanwendbar, die im Anschluss an die Motive zum gleichlautenden § 435 bzw. § 417 ZPO vertretene Ansicht, den schwurpflichtigen Vertreter insoweit selbst als Partei an-

22) a.a.O. S. 488/494

23) vgl. Hellwig II S. 396 N. 63

24) vgl. a.a.O. S. 33 f, 34 ff

25) vgl. Schwalm S. 9

zusehen (26), zeigt aber auch hier die Möglichkeit einer gewissen Verselbständigung der Eidespflicht im Falle gesetzlicher Vertretung. In ganz ähnlicher Weise beweist der heutige § 455 ZPO, dass der Gesetzgeber zur Abgabe von Wissenserklärungen den gesetzlichen Vertreter unmittelbar herangezogen haben will.

b) Damit wird der Blick auf die Zeugnispflicht gelenkt, welche immer den geladenen Zeugen unmittelbar und persönlich trifft. Nachdem auf deren Ähnlichkeit zur OE-Pflicht hinsichtlich des materiellen Gehalts bereits hingewiesen wurde (27), erscheint auch die Parallele gerechtfertigt, den zum OE geladenen gesetzlichen Vertreter als selbst verpflichtet zu betrachten.

3.) Fasst man die bisher zur Pflichtsubjektivität beim OE getroffenen Feststellungen zusammen, so ergibt sich folgendes: Neben dem kumulativen Auftreten von Gründen, welche in gesetzlich geregelten oder durch die Praxis entwickelten Fällen eine individuelle Verpflichtung als gesetzliche Vertreter handelnder Personen zur Folge haben, sprechen für eine solche Annahme beim OE auch die Parallelen zu inhaltlich ähnlichen Fällen in der ZPO. Da allein die Anerkennung einer individuellen Eidespflicht des gesetzlichen Vertreters die für den praktischen Ablauf notwendigen Konsequenzen, insbesondere seine Unterworfenheit unter den Beugezwang, rechtfertigen kann, muss diese Folgerung hier gezogen werden.

4.) Zum Abschluss bleibt noch zu klären, worauf das Entstehen der OE-Pflicht eines geladenen gesetzlichen Vertreters im Einzelfall zurückzuführen ist.

Dass sie grundsätzlich durch die Ladung konkretisiert wird, wurde bereits festgestellt. Das reicht aber nicht aus, denn die Ladung eines völlig unbeteiligten Dritten kann niemals dessen Verpflichtung begründen, als gesetzlicher Vertreter den OE anstelle des Schuldners zu leisten. Vielmehr ist es hierfür erforderlich, dass die geladene Person tatsächlich gesetzlicher Vertreter des Schuldners ist, da er sonst ja nicht einmal im Innenverhältnis zum Tätigwerden für diesen verpflichtet ist. Zwar entsteht durch den Ladungsakt eine gewisse prozessuale Verstrickung auch des unbeteiligten Dritten, welche diesen dazu zwingt, die entsprechenden prozessualen Schritte zur Beseitigung des Mangels zu unternehmen, da er andernfalls mit weiteren Zwangsmassnahmen gegen seine Person rechnen muss. Das bedeutet aber nicht, dass der Dritte durch die Ladung allein schwurpflichtig würde. Das Entstehen der OE-Pflicht selbst ist daher ausser von dem Publikationsakt der Ladung auch davon abhängig, dass die geladene Person tatsächlich gesetzlicher

26) vgl. RGZ 15, 303 f (305)

Wach, S. 562 N. 11

Hahn Mat. S. 339 (Begründung zu E I § 417).

Richtiger wohl die Auffassung von Kleinfeller, der von einer Ausnahme von dem Erfordernis der Parteieigenschaft spricht (a. a. O. S. 378).

27) vgl. oben § 3 N. 25

Vertreter des Schuldners ist. Genauer gesagt, kann die OE-Pflicht überhaupt nur im Rahmen der gesetzlichen Vertretungsmacht entstehen, weil darüber hinaus auch im Innenverhältnis eine Pflicht zum Tätigwerden für den Schuldner nicht besteht. Diese Abhängigkeit der OE-Pflicht vom tatsächlichen Bestehen der Vertreterstellung steht nicht etwa im Widerspruch zu ihrer Anerkennung als Pflicht auch des Vertreters selbst. Denn Sinn und Zweck der Ableistung des OE liegen allein darin, den Mangel der Prozessfähigkeit des Schuldners auszugleichen, nur dass die OE-Pflicht auf Grund ihres besonderen Charakters zu einer auch im Aussenverhältnis bestehenden und individuellen Verpflichtung des Vertreters erstarkt.

2. ABSCHNITT

FOLGEN DER SELBSTÄNDIGEN EIDESPFLICHT IM HINBLICK AUF DIE RECHTSANWENDUNG.

1. Kapitel: Anwendung der Verfahrensvorschriften.

Um die der gesetzlichen Vertretung eigentümliche und im OE-Verfahren noch durch die hier angenommene individuelle Eidesverpflichtung des gesetzlichen Vertreters besonders hervortretende Doppelspurigkeit näher zu beleuchten, empfiehlt sich eine Untersuchung, wann überhaupt im Einzelfall die Person des Schuldners und wann der gesetzliche Vertreter für die Rechtsanwendung Bedeutung hat. Dabei ist die Frage der Prozessfähigkeit bzw. gesetzlichen Vertretung selbst als Ursache der auftretenden Schwierigkeiten aus Zweckmässigkeitsgründen nach den übrigen in Betracht kommenden Verfahrensvorschriften gesondert zu behandeln.

§ 6. DIE VERFAHRENSVORSCHRIFTEN IM ALLGEMEINEN.

I. Verfahrensvoraussetzungen.

Die Verfahrensvoraussetzungen stellen naturgemäss den Bereich dar, in welchem die Frage, ob die Person des Schuldners oder die des gesetzlichen Vertreters entscheidet, die grösste Bedeutung hat. Wie allgemein anerkannt ist (1), gelten im OE-Verfahren nicht nur dessen spezielle Regeln, sondern, soweit eine Spezialregelung nicht getroffen ist, auch die Voraussetzungen des allgemeinen Prozessrechts sowie der ZwV.

1a) Von den allgemeinen Prozessvoraussetzungen muss zunächst auch in der ZwV und damit im OE-Verfahren die Gerichtsbarkeit zur Vornahme der erforderlichen Zwangsmassnahmen gegenüber dem Vollstreckungsschuldner gegeben sein (2), und es erhebt sich die Frage, ob ihr Vorliegen über den Schuldner, den gesetzlichen Vertreter oder beide zu verlangen ist. Da es sich beim OE um ein Hilfsmittel zur Vollstreckung in das Schuldnervermögen handelt, ist seine Unterworfenheit unter die deutsche Gerichtsgewalt jedenfalls erforderlich (2a). Ihre Prüfung wird i. d. R. wenig Schwierigkeiten machen, da meist ein inländischer Titel gegen den Schuldner gegeben sein wird, was die Bejahung der Frage im Erkenntnisverfahren voraus-

1) Huyke S. 30

Rosenberg § 197 II 4b S. 1041 f

2) Schönke-Baur § 10 IV S. 31/32

Hellwig Syst. I § 29 I 3b S. 75

Hellwig Syst. II § 268 S. 137 ff spricht von Vollstreckungsgewalt.

2a) Förster-Kann 1a zu § 900

setzt (3).

Anders ist das jedoch beim eidespflichtigen Vertreter. Dieser braucht am vorausgegangenen Erkenntnisverfahren gar nicht beteiligt gewesen zu sein (3a) und ist trotzdem als Subjekt der Eidespflicht der staatlichen Vollstreckung, insbesondere dem Beugezwang ausgesetzt, welche sich aus der Gerichtsbarkeit herleiten. Der Mangel der deutschen Gerichtsbarkeit beispielsweise infolge von Exterritorialität (§ 18 GVG), hat aber gerade das Verbot jeglicher Zwangsanwendung gegen den Gerichtsbefreiten zur Folge (4), so dass sogar die Ladung als Zeuge oder Sachverständiger unzulässig ist (5). Erst recht muss es daher unzulässig sein, dass ein gerichtsbefreiter gesetzlicher Vertreter hinsichtlich des staatlichen Vollstreckungszwanges an die Stelle des Schuldners zu treten hat. Er ist also weder eidespflichtig noch taugliches Objekt von Beugezwang (6).

b) Da es sich bei der ZwV um einen zwangsweisen Eingriff in Rechte des Schuldners handelt, ist selbstverständliche Voraussetzung auch die Parteifähigkeit (6a) des Schuldners. Die Frage nach der Parteifähigkeit des gesetzlichen Vertreters erübrigt sich, weil gesetzliche Vertreter natürlicher Personen, abgesehen von dem Sonderfall der Amtsvormundschaft, immer nur natürliche Personen sein können, welche grundsätzlich rechts- und damit parteifähig sind (§§ 1 BGB, 50 ZPO). Die Frage nach einer unterschiedlichen Berücksichtigung der auf Schuldnerseite beteiligten Personen kann also hinsichtlich des Vorliegens der Parteifähigkeit überhaupt nicht aktuell werden.

c) Von den sonstigen allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen des Zivilprozesses soll an dieser Stelle lediglich noch das Rechtsschutzbedürfnis auf seine Auswirkungen für die Schuldnerseite hin betrachtet werden, da die übrigen entweder keine Bedeutung haben oder besser in einen anderen Zusammenhang passen (7). Zwar ist das Rechtsschutzbedürfnis ein vielschichtiger und oft beim Fehlen anderer Prozessvoraussetzungen bemühter Begriff (8). Grundsätzlich ist es aber auch im OE-

3) Hellwig Syst. II § 268 4b S. 143

Schönke-Baur § 10 IV S. 32

3a) s.u. § 6 I 2a

4) Wieczorek A II b 1 zu § 18 GVG

5) Hellwig Syst. I § 29 I 3c S. 75

6) So im Ergebnis auch Wieczorek A II b 1 zu § 18 GVG. Die von ihm zitierte abweichende Meinung ist an der angeführten Stelle unauffindbar.

6a) vgl. Huyke 30; eine jedenfalls für das OE-Verfahren entfallende Einschränkung macht Förster-Kann 5b, gg vor § 704

7) bedeutungslos sind Prozessführungsbefugnis, Postulationsfähigkeit, Rechtshängigkeit, Rechtskraft. - Die Zuständigkeit ist im Rahmen des § 899, die Prozessfähigkeit überhaupt gesondert behandelt.

8) So und überhaupt sehr einschränkend neuerdings

Pohle Lent-Festschr. S. 209, 224

Verfahren zu verlangen, und es fehlt nach allgemeiner und richtiger Auffassung dann, wenn dem Gläubiger die zu offenbarenden Tatsachen bereits bekannt sind (9). Wie sich schon aus dieser für das OE-Verfahren anerkannten Ausrichtung des Rechtsschutzbedürfnisses von selbst ergibt, ist für die Frage seines Vorliegens lediglich das Vermögen des Schuldners bzw. die Kenntnis des Gläubigers davon ausschlaggebend. Ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers gegenüber dem eidespflichtigen gesetzlichen Vertreter ist demnach nicht erforderlich (9a).

2.) Gegenstand der weiteren Betrachtung sollen nun die Zulässigkeitsvoraussetzungen der ZwV sein, denen auch das OE-Verfahren als Teil derselben unterliegt (10)

a) Zur Durchführung des OE-Verfahrens bedarf es also zunächst eines den allgemeinen Anforderungen genügenden Vollstreckungstitels, was sich auch daraus ergibt, dass in der Regel aufgrund dieses Titels bereits ein fruchtloser Vollstreckungsversuch gemacht worden sein muss (11). Da es sich nach den oben getroffenen Feststellungen beim OE um ein Hilfsmittel zur Vollstreckung gegen den Titelschuldner handelt und gerade die Verselbständigung der Eidespflicht gegenüber der Titelschuld besonders herausgestellt wurde, ergibt sich zwangsläufig die Notwendigkeit eines Titels gegen den prozessunfähigen Schuldner. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der eidespflichtige gesetzliche Vertreter im Titel aufgeführt ist oder der Schuldner bereits im Erkenntnisverfahren vertreten hat (12), denn die vorzubereitende weitere Vollstreckung, auf welche der Titel hinziele, richtet sich allein gegen das Vermögen des Titelschuldners.

b) Das für den Vollstreckungstitel Ausgeführte gilt ganz entsprechend auch für die Vollstreckungsklausel, da diese ja lediglich den Zweck hat, das Bestehen und die Vollstreckungsreife des Titels gegen den Schuldner zu beweisen (13). Auch die

9) Jonas-Pohle 1 b zu § 807 (S. 54); Huyke S. 28 m.N.

Schönke-Pohle II 6 zu § 807; Falkmann-H. 2d zu § 807 m.N.

Bierbach MDR 56, 78; a.A. Wieczorek B II b zu § 807

9a) zum RSchB beim OE des Konkursverwalters vgl. unten § 9 I 1b

10) Jonas-Pohle 1b zu § 807 (S. 54)

Huyke S. 63

Falkmann-H. 3 zu § 807, unstreitig

11) vgl. die in N. 10 Zitierten

Die Besonderheit, dass es bei § 807 ein Titel auf Geldleistung, bei § 883 ein Titel auf Herausgabe sein muss, spielt hier keine Rolle.

12) a.A. für § 889 ZPO OLG Hamburg, Rsp 1, 462

dag. Wieczorek D Ib 3 zu § 889

13) vgl. Rosenberg § 175 I 1 S. 908

Schönke-Pohle IV 1 vor § 704; I zu § 725

Baumbach 3 H vor § 704; 1 zu § 725

und hM a.A. Falkmann-H 1 zu 724 m.N.

Klausel, bzw. in den Fällen der Vollstreckbarkeitserstreckung (14) gerade sie, braucht nur auf den Namen des Schuldners zu lauten und den eidespflichtigen gesetzlichen Vertreter nicht zu bezeichnen. Die mannigfachen Streitfragen, welche sich gerade auch beim OE an das Erfordernis eines Duldungstitels knüpfen, sollen hier nicht untersucht werden, da sie einmal durch das Gleichberechtigungsgesetz an Aktualität verloren haben und dabei ausserdem auch Fragen der gesetzlichen Vertretung nur am Rande auftauchen (15).

c) Für die dritte Voraussetzung einer wirksamen Zwangsvollstreckung, die Zustellung von Titel und Klausel (§ 750 Abs. I ZPO), ergibt sich eine Besonderheit daraus, dass der Schuldner prozessunfähig und daher untauglicher Zustellungsempfänger ist (vgl. § 171 Abs. I ZPO). Da das OE-Verfahren mit dem Antrag des Gläubigers (§ 900 Abs. I S. 1 ZPO) und nicht mit einer Zustellung beginnt (§ 750 Abs. I ZPO), ist eine mit der Ladung zum OE gleichzeitige Zustellung von Titel und Klausel nicht möglich (16). Es ist deshalb nicht unbedingt notwendig, dass diese Zustellung überhaupt an den eidespflichtigen gesetzlichen Vertreter erfolgt ist. Vielmehr ist es erforderlich und genügend, wenn die gemäss § 750 ZPO vorausgesetzte Zustellung wirksam war (17). Das ist aber auch bei Zustellung an einen ordnungsgemäss bestellten Prozessbevollmächtigten (§ 176 ZPO) oder einen früheren gesetzlichen Vertreter der Fall.

d) Im Anschluss an die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung ist nun noch kurz ein Blick auf die Hindernisse der Zwangsvollstreckung zu werfen, welche im OE-Verfahren ebenfalls berücksichtigt werden müssen (18).

Was die §§ 775, 776 ZPO betrifft, so beziehen sich die Ziffern 1, 3, 4, 5 des § 775 ZPO nur auf den vollstreckbaren Anspruch bzw. dessen Befriedigung und die Person des gesetzlichen Vertreters kommt überhaupt nicht in Betracht. Ob und wieweit das nach § 775 Ziff. 2 ZPO der Fall sein kann, soll im Zusammenhang mit den Rechtsmitteln untersucht werden, da jedenfalls eine ausserhalb des OE-Verfahrens lediglich über die Heranziehung des gesetzlichen Vertreters ergehende Einstellungsentscheidung nicht denkbar ist. Da die §§ 778 ff ZPO auf das OE-Verfahren nach richtiger Ansicht (19) nicht anwendbar sind, scheiden sie

14) vgl. Bettermann, S. 43 ff

15) dazu vgl. Huyke S. 65, 77 - Hein S. 330 f

16) so Huyke S. 66

ausserdem i. d. R. fruchtloser Vollstreckungsversuch

17) vgl. Huyke S. 66

18) Schönke-Pohle II 1 zu § 900; Falkmann-H 2 zu § 900 m. N.

19) vgl. Huyke S. 71 ff m. N.

insbes. zu § 779 II vgl. Huyke a. a. O.; Bondi S. 228

Förster-K. 2b zu § 779

Schönke-Pohle N. 42 zu § 807 und hM.

a. A. Fraeb Rechtsgang II S. 94

auch für diese Betrachtung aus.

Soweit man die Fälle von Verfügungsbeschränkungen der §§ 14 KO, 47 VerglO zu den Vollstreckungshindernissen zählen will, betreffen sie ebenfalls nur das Vermögen des Vollstreckungsschuldners und haben mit der Person eines gesetzlichen Vertreters nicht das Geringste zu tun. Der Anknüpfungspunkt liegt also hier nur beim Schuldner, nicht bei seinem gesetzlichen Vertreter.

3.) Neben den bisher untersuchten Verfahrensbestimmungen allgemeiner Art enthält die ZPO in den §§ 899 ff noch eine Reihe besonderer Voraussetzungen des Vollstreckungseides, die jetzt auf ihre Anwendung bei der gesetzlichen Vertretung hin zu untersuchen sind.

a) Gemäss §§ 899, 802 ZPO ist zur Abnahme des Offenbarungseides das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner im Inland Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat. Fraglich ist im Fall der gesetzlichen Vertretung, d.h. also bei Eidespflicht eines Dritten, wer Schuldner im Sinne des § 899 ZPO ist. Nach unbestrittener Auffassung ist darunter der vertretene Titelschuldner zu verstehen. Wie ein Blick auf die §§ 722, 771, 800 III, 805 II ZPO beweist, ist einer der Hauptgesichtspunkte, unter denen eine Regelung der örtlichen Zuständigkeit in der Zwangsvollstreckung erfolgen kann, die räumliche Nähe des Vollstreckungsgerichts zum Vollstreckungsobjekt. Auch in den Fällen, in denen auf Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Schuldners abgestellt wird, steht diese Überlegung im Hintergrund, da sich das vollstreckungsfähige Vermögen des Schuldners in der Regel dort befindet. Eine Anwendung dieses Gedankens auf § 899 ZPO könnte nun eigentlich dazu führen, im Falle der gesetzlichen Vertretung den Wohnsitz des Vertreters für massgebend anzusehen, weil dieser ja anstelle des Schuldners Subjekt der Eidespflicht und Objekt der Personalexekution ist und die Verwaltung des Schuldnervermögens auch von seinem Wohnsitz aus durchführen wird. Das ist jedoch mit der hM aus zwei Gründen abzulehnen.

Erstens stellt der OE nur ein Hilfsmittel zur ZwV in das Vermögen des Vollstreckungsschuldners dar und es besteht, wie allgemein so auch hier, eine gewisse Vermutung, dass sich dieses am Wohnsitz des Schuldners befindet (20). Zweitens soll die Ableistung des OE gemäss § 915 ZPO in ein Schuldnerverzeichnis eingetragen werden, welches seinen Zweck verfehlen würde, wenn es am Wohnsitz des gesetzlichen Vertreters, bei Wechsel des Vertreters sogar an verschiedenen, für die Allgemeinheit nicht ohne weiteres erkenntlichen Orten geführt würde (21). Diese ausschliessliche Berücksichtigung von Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort des Titelschuldners hindert allerdings nicht daran, gegebenenfalls den eidespflichtigen Ver-

20) ähnlich KG Rsp. 22, 2

21) Förster-Kann 1 zu § 899

KG Rsp. 29, 259

OLG Dresden Rsp. 6, 144

treter vor dem beauftragten Amtsgericht seines Wohnsitzes den Offenbarungseid ableisten zu lassen (22). Das ändert aber nichts an der am Wohnsitz des Schuldners begründeten Zuständigkeit.

Besteht allerdings kein inländischer Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Titelschuldners, wohl aber ein solcher des eidespflichtigen Vertreters, so erscheint als letzte Möglichkeit eine Anknüpfung an dessen Wohnsitz oder Aufenthaltsort gerechtfertigt (23).

b) Die sich aus §§ 807 Abs. I, 883 Abs. II ZPO ergebende, speziell das OE-Verfahren betreffende Zulässigkeitsvoraussetzung, dass ein fruchtloser Vollstreckungsversuch bzw. bei § 807 Abs. I ZPO auch noch Glaubhaftmachung der Fruchtlosigkeit vorliegen müssen, knüpft ganz eindeutig nur beim Titelschuldner bzw. seinem Vermögen an. Die Person des eidespflichtigen Vertreters steht damit in keinerlei Zusammenhang.

c) Aus §§ 900 II, 903 ZPO ergibt sich als ein dem OE-Verfahren entgegenstehendes Hindernis für den Regelfall, dass der Schuldner nicht innerhalb der letzten drei Jahre bereits einmal den OE geleistet hat, oder Haft gegen ihn angeordnet worden ist. Nachdem der gesetzliche Vertreter sowohl als eidesverpflichtet wie auch als haftunterworfen gefunden wurde, könnte die wörtliche Auslegung der §§ 900 Abs. II, 903 ZPO durchaus dazu führen, unter Schuldner hier den gesetzlichen Vertreter zu verstehen. Das ist aber besonders im Hinblick auf die weiter unten nachzuweisende Tatsache, dass im Schuldnerverzeichnis in erster Linie der Schuldner und nicht der Vertreter einzutragen ist, unrichtig, da Eidesleistung oder Haft sich ja vornehmlich aus dem Schuldnerverzeichnis ergeben können. Des weiteren spricht auch hier wieder der Gesichtspunkt, dass der OE ja nur die weitere Vollstreckung in das allein zu offenbarende Schuldnervermögen vorbereiten soll, für eine Berücksichtigung des Schuldners allein. Denn innerhalb von drei Jahren wird ein Vermögenszuwachs des Schuldners vom Gesetz als unwahrscheinlich angesehen, und das Vermögensverzeichnis steht dem späteren Gläubiger insofern also noch als ausreichendes Hilfsmittel zur Verfügung.

22) vgl. Huyke 6 zu § 899 S. 94/95; Schönke-Pohle III 3 zu § 900; gem. § 479 ZPO, Bondi S. 233/234

Förster-K. 3 zu § 899

a.A. Crasemann DJ Z 1911, 1549, dessen Hinweis auf § 802 nicht durchschlägt, weil die Zuständigkeit unberührt bleibt.

23) So auch Wieczorek C I a zu § 899 unter Berufung auf LG Berlin JZ 51, 664. Der dort entschiedene Fall des Nachlasspflegers wäre m.E. aber im Hinblick auf §§ 73, 74 FGG richtiger unter Heranziehung des § 23 ZPO gelöst worden: zuständig Ort der Nachlassverwaltung, weil dort Vermögen.

II. Sonstige Bestimmungen für das OE-Verfahren.

Ausser den unter Verfahrensvoraussetzungen zusammengefassten das ganze OE-Verfahren betreffenden Bestimmungen gibt es noch eine Reihe von Einzelregeln, bei denen die Frage nach der Berücksichtigung von Schuldner oder Vertreter ebenfalls aktuell werden kann.

1.) Das ist schon gleich bei Verfahrensbeginn der Fall,

a) wenn es um die Prüfung des das OE-Verfahren eröffnenden (§ 900 Abs. 1 S. 1 ZPO) Gläubigerantrages geht. Hier bestimmt § 900 Abs. 1 S. 2 ZPO, dass der Gläubiger dem Antrag den Vollstreckungstitel und die sonstigen Urkunden, welche die Eidesverpflichtung erkennen lassen, beizufügen hat. Das heisst für den Fall des prozessfähigen Schuldners, dass sämtliche eine Vollstreckung gegen ihn als den Inhaber des vollstreckungsfähigen Vermögens rechtfertigenden Unterlagen - ausser dem Titel wenigstens noch ein Pfandabstand sowie Zustellungsnachweise - vorgelegt werden müssen und bedeutet damit auch bei Prozessunfähigkeit des Schuldners jedenfalls eine Berücksichtigung seiner Verhältnisse. Aus der Natur der Sache insbesondere aus dem pflichtbegründenden Charakter der Ladung ergibt sich aber die unbestrittene (24) Folgerung, dass der Gläubiger im Falle der Prozessunfähigkeit des Schuldners den Namen des als Eidespflichtiger zu ladenden gesetzlichen Vertreters in seinem Antrag angeben muss, weil anders eine Durchführung des Verfahrens ja unmöglich wäre. Da sich nach dem klaren Wortlaut des § 900 Abs. 1 S. 2 ZPO die Eidespflicht des Schuldners und damit wegen der bevorstehenden Personal-exekution die Person des Schwurpflichtigen zweifelstfrei für das Vollstreckungsgericht ergeben muss, hat der Gläubiger gegebenenfalls, sofern es sich nicht bereits aus dem Titel ergibt, auch die Vertretereigenschaft des Schwurpflichtigen nachzuweisen (25).

b) Das gilt ganz besonders auch für die Ladung, welche nach Prüfung der im Zeitpunkt des Antrags erforderlichen Verfahrensvoraussetzungen (26) und nach Terminsbestimmung erfolgt. Im Rahmen des § 900 Abs. III S. 1 ZPO bezeichnet "Schuldner" nur die Person des Schwurpflichtigen, und das heisst im Falle gesetzlicher

24) Förster-Kann 3 zu § 900: "Person des Schwurpflichtigen"

Huyke 6 zu § 900 und Falkmann-II 1 zu § 900 für juristische Personen usw.

Schönke-Pohle III 1 zu § 900

Baumbach 2 A zu § 900

25) vgl. Huyke 6 zu § 900 S. 99

26) Huyke 1/2 zu § 900 S. 96

Baumbach 3 A zu § 900

Rosenberg § 197 II 3 S. 1041

Förster-Kann 4a zu § 900 m.N.

Wieczorek B zu § 900

Falkmann-H 2 zu § 900

Vertretung also den Vertreter. Er ist es nämlich, der den Eid zu leisten hat und daher zu diesem Zwecke geladen werden muss (27). Eine Ladung des prozessunfähigen Schuldners wäre daher auch dann fehlerhaft, wenn sie ordnungsgemäss an den gesetzlichen Vertreter (§ 171 Abs. I ZPO) zugestellt würde.

c) Auch für die Zustellung selbst kommt nur die Person des Eidespflichtigen in Frage. Und zwar nicht nur, weil er gemäss § 171 Abs. I ZPO zugleich auch Zustellungsvertreter des Schuldners ist, sondern einfach auch deshalb, weil gemäss § 900 Abs. III ZPO die Ladung "dem Schuldner selbst" und das heisst hier dem Vertreter als Subjekt der Eidespflicht zuzustellen ist, denn er soll ja von der Ladung in Kenntnis gesetzt werden.

2.) Soweit das Gesetz im Verlaufe des OE-Verfahrens für die Person des Eidespflichtigen noch irgendwelche Voraussetzungen fordert, so wird insoweit, dem Sinn und Zweck entsprechend, nur die Person des eidespflichtigen Vertreters berücksichtigt. Wenn auch nach hM die Eidesfähigkeit i. S. des § 452 Abs. IV ZPO nicht erforderlich ist (28), so muss der Schwurpflichtige, und nur er, doch in analoger Anwendung des § 393 S. 1 ZPO die nötige Erkenntnis vom Wesen des Eides besitzen (29). Ebenso bestimmen sich weitere Voraussetzungen bzw. Hindernisse, wie sie z. B. § 906 ZPO für die körperliche Verfassung des zu Verhaftenden normiert oder wie sie im Hinblick auf die körperlichen und seelischen Voraussetzungen der Eidespflicht von Rechtsprechung und Lehre aufgestellt worden sind (29a), nur aus der Person des eidespflichtigen Vertreters, da sie nur dem Schutz seiner Person und nicht dem Schutz des Schuldners im allgemeinen dienen.

27) vgl. Wieczorek B III b zu § 900

Schönke-Pohle III 5 zu § 900

28) Schönke-Pohle II 2 zu § 807, Huyke 20 zu § 900 S. 104;

Holthöfer DJ 1943, 218; Wieczorek B II zu § 807;

AG Altdorf BayJMBI 52, 78

29) Förster-Kann 1b/bb zu § 900

Huyke 20 zu § 900 S. 104

Schönke-Pohle II zu § 900

Falkmann-H 2 zu § 900

LG Göttingen MDR 56, 176

OLG Schleswig SchlHA 57, 103

29a) vgl. Menzel JR 1927, 308

Förster-Kann 1b cc zu § 900, dagegen OLG Frankfurt/M. HRR 36, 1196

OLG Breslau ZZP 23, 193

Wieczorek A zu § 906

Schönke-Pohle II zu § 900

Falkmann-H 2 zu § 900

3.) Beim Eid selbst zeigt sich wiederum, dass der gesetzliche Vertreter anstelle des Schuldners zu handeln hat, denn er braucht nach ganz unbestrittener Auffassung nur dessen Vermögen zu offenbaren. Das ist auch völlig gerechtfertigt, weil der OE ja die weitere Vollstreckung in das Vermögen des Titelschuldners vorzubereiten hat und dem Gläubiger mit einer Kenntnis vom Vermögen des eidespflichtigen Vertreters nicht gedient wäre, denn gegen ihn hat er keinen Titel.

4.) Wenn § 915 Abs. I ZPO die Führung eines Verzeichnisses der Personen verlangt, welche den OE geleistet haben, oder gegen die Haft angeordnet wurde, so würde der Wortlaut für eine Eintragung des eidespflichtigen Vertreters sprechen. Da der Sinn und Zweck der sogenannten "schwarzen Liste" aber darin liegt, im Interesse des redlichen Geschäftsverkehrs die Feststellung der Schuldner ohne zugriffsfähiges Vermögen zu erleichtern, ist es unstreitig, dass der Vollstreckungsschuldner jedenfalls einzutragen ist. Eine Eintragung des Vertreters allein ist unzulässig, weil über sein vollstreckungsfähiges Vermögen ja überhaupt nichts ausgesagt ist. Ebenso erscheint eine Miteintragung dann ungerechtfertigt, wenn nur ein eidespflichtiger Vertreter vorhanden ist (30).

III. Ergebnis.

Der vorausgehende Überblick hat gezeigt, dass es unmöglich ist, grundsätzlich nur den Vollstreckungsschuldner oder seinen gesetzlichen Vertreter oder auch beide für die Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Wenn auch den hier untersuchten Beispielen mühelos noch weitere für das OE-Verfahren bedeutsame Bestimmungen hinzuzufügen wären (31), so kann man doch aus dem Vorausgegangenen den allgemeinen Schluss ziehen, dass für die Berücksichtigung des einen oder anderen Verfahrensbeteiligten bei Anwendung einer Vorschrift grundsätzlich deren Sinn und Zweck ausschlaggebend sein muss. Ob im einzelnen stets ein bestimmtes Anwendungsprinzip besteht, kann erst nach der nun folgenden Prüfung der Prozessfähigkeit als Verfahrensvoraussetzung festgestellt werden.

30) vgl. RGZ 140, 152 f/153

für eine Mehrheit von Vertretern vgl. unten § 9 I 2

31) vgl. z.B. die §§ 904, 905, 759 ZPO, wo es überall auf die Person des schwurpflichtigen Vertreters ankommt.

§ 7. DIE PROZESSFÄHIGKEIT

I. Grundsätzliches.

Da Sinn und Zweck der Regeln über die Prozessfähigkeit sich als in erster Linie auf den Schutz der Parteien gerichtet erwiesen haben (1), scheint hier das Problem der Berücksichtigung der Person des Schwurpflichtigen für die Rechtsanwendung überhaupt nicht zum Tragen zu kommen. Betrachtet man jedoch einmal die Funktion der Prozessfähigkeit des Schuldners als Prozesshandlungsvoraussetzung im OE-Verfahren genauer, so wird sich zeigen, dass der Eintritt der sich daraus schon allgemein ergebenden Folgen nach dem Sinn und Zweck der Regelung auch im Hinblick auf den Schwurpflichtigen erforderlich ist.

1.) Da der Mangel der Prozessfähigkeit des Schuldners durch die gesetzliche Vertretung ausgeglichen werden soll, ist nicht nur jene sondern auch diese Prozesshandlungsvoraussetzung. Das bedeutet, dass im Zeitpunkt jeder von oder gegenüber dem prozessunfähigen Schuldner mit oder ohne Zwang vorzunehmenden Handlung der gesetzliche Vertreter an dessen Stelle zu treten hat, und zwar der richtige gesetzliche Vertreter, das heisst derjenige, der im Zeitpunkt der jeweiligen Prozesshandlung die Vertretungsmacht für gerade deren Vornahme hat (2). Mit dieser Erkenntnis von der Bedeutung der Vertretungsmacht ist auch die Streitfrage beantwortet, ob der ehemalige gesetzliche Vertreter des Schuldners den OE dann noch zu leisten habe, wenn er zur Zeit der Ladung noch gesetzlicher Vertreter war, ob mit anderen Worten für das Vorliegen der Vertretungsmacht der Zeitpunkt der Ladung oder der Eidesleistung ausschlaggebend sei (3). Wenn nämlich die Eidespflicht nur im Rahmen der Vertretungsmacht entstehen kann, und diese für jede Prozesshandlung gegeben sein muss, dann ist die Vertretungs-

1) § 4 I

2) Hier ist insofern eine Divergenz möglich, als durchaus mangels entsprechender Vertretungsmacht (vgl. o. § 5 III 4 sowie § 9 II) die Eidesleistung und Haft eines Vertreters unzulässig sein kann, der zur Rüge dieses und auch anderer Mängel (z.B. § 903) befugt ist.

3) für Ladung KG JW 32, 3196 und Schepses S. 230
dag. die hM:

OLG Dresden Rsp 6, 149

OLG Dresden SA 65, 257

OLG Rostock Rsp 29, 157

Huyke S. 33 m.N. in N. 9

Schönke-Pohle IV zu § 807

Wieczorek B Ia zu § 807 m.N.

Falkmann-H 2 b zu § 807

Rosenberg § 197 I 3 S. 1040

macht selbstverständlich auch zur Zeit der Eidesleistung erforderlich (4). Da die Eidesleistung Prozesshandlung ist, hat das Vollstreckungsgericht gemäss § 56 ZPO einen Mangel der Vertretungsmacht auch bei Abnahme des Eides von Amts wegen zu berücksichtigen (5).

Wenn auch allgemein die Voraussetzungen des OE-Verfahrens zur Zeit des Gläubigerantrages gegeben sein müssen (6), so gilt das an sich für Prozessfähigkeit bzw. gesetzliche Vertretung nicht, denn sie stellen ja in der ZwV lediglich Prozesshandlungsvoraussetzungen dar und ihr Fehlen macht daher nicht das ganze Verfahren, sondern nur die einzelnen Prozesshandlungen unzulässig. Dieser Unterschied kann aber erstens praktisch kaum zum Tragen kommen, weil bereits die Terminsbestimmung und die Ladung als Prozesshandlungen des Gerichts (7) dem prozessunfähigen Schuldner selbst gegenüber wegen § 171 ZPO nicht wirksam zur Kenntnis gegeben und damit vollendet werden können (8) (9). Zweitens ist aber auch durch § 56 ZPO die Gewähr dafür gegeben, dass der mit dem Institut der Prozessfähigkeit auch im OE-Verfahren verfolgte Schutzzweck vom Vollstreckungsgericht bei den in den einzelnen Verfahrensstationen vom oder gegenüber dem Schuldner vorgenommenen Prozesshandlungen berücksichtigt wird.

2.) Dieser Schutzzweck, der im OE-Verfahren als einem Teil der ZwV lediglich auf die Vermeidung der Vornahme von Prozesshandlungen von oder gegenüber dem Schuldner gerichtet ist, legt auch die Vermutung nahe, dass im OE-Verfahren grundsätzlich der Schwurpflichtige als das einzige aktiv oder passiv beteiligte Handlungssubjekt prozessfähig sein muss. Die sich daraus im Falle gesetzlicher Vertretung ergebende Frage nach dem Erfordernis der Prozessfähigkeit des gesetzlichen Vertreters wird von der hM generell dahin beantwortet, dass der nach dem materiellen Recht Vertretungsberechtigte in Prozessen des Rechtsträgers ohne Rücksicht auf seine Prozessfähigkeit in eigener Sache auftreten darf (10). Diesem Stand-

4) über die Wirksamkeit einer Niederlegung der Vertretung vgl. unten § 7 II 2 b

5) so neuerdings wieder LG Köln JMBI NRW 56, 175

LG Kiel MDR 57, 237

a.A. LG Essen MDR 56, 236 m. abl. Anm. v. Flies

vgl. genauer unten § 12 II 2

6) vgl. oben § 6 N. 26

7) Rosenberg § 53 II 2 S. 236

8) vgl. oben § 4 N. 4

9) Die Notwendigkeit der Zustellung des Haftbefehles ist wegen § 909 ZPO umstritten, vgl. dazu unten § 13 II 2a

10) Schönke-Pohle IV 2 zu § 51

Rosenberg Stellv. S. 693 (N. 1: mit Nachw. abweichender Standpunkte)

Hellwig II S. 384 f

Syst. I S. 191

punkt ist zunächst insoweit beizupflichten, als man aus der auch für gesetzliche Vertreter geltenden Regelung des § 165 BGB (11) die Unmöglichkeit des Auftretens Geschäftsunfähiger als gesetzliche Vertreter schliesst und für die beschränkt Geschäftsfähigen auf die Spezialregelungen des materiellen Rechts abstellt.

Diese Sonderbestimmungen lassen an sich schon Fälle denkbar erscheinen, in denen jemand als gesetzlicher Vertreter wirksam für den Vertretenen handeln kann, obwohl er beschränkt geschäftsfähig und damit für eigene Prozesse prozessunfähig ist. Zunächst sei in diesem Zusammenhang auf die gesetzliche Vertretung natürlicher Personen verwiesen, die zwar gemäss §§ 1781 Nr. 1, 1915 BGB nur an voll Geschäftsfähige übertragen werden soll, aber bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des bestellten Vertreters nicht unwirksam wird (12).

Praktisch bedeutsamer erscheint aber die Bestellung Minderjähriger zu Organen juristischer Personen. Allerdings muss man hier mit Hueck die Fälle der Personalgesellschaften insoweit ausscheiden, als § 165 BGB die im Handeln des Organs liegende Selbstverpflichtung nicht deckt (13). Daher bedürfen beschränkt geschäftsfähige Gesellschafter für den Regelfall der Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters, der im Prozess sogar wegen der oben (14) abgelehnten Anwendung der §§ 108 f BGB auf die Prozessführung auch in Prozessen der Gesellschaft allein für sie aufzutreten hat. Für die juristischen Personen im engeren Sinne besteht das angeführte Bedenken aus dem Zweck des § 165 BGB allerdings nicht, so dass hier ein Bereich gegeben ist, wo Minderjährige gerichtlich und aussergerichtlich als Organe auftreten können. Die Zusammenschlüsse mehrerer juristischer Personen miteinander oder mit natürlichen Personen zu Personalgesellschaften, wo wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft eine juristische Person als Organ die Stellung eines gesetzlichen Vertreters haben kann, gehören allerdings nicht hierher. Denn diese Vertreterstellung wird ja wiederum von den Organen der juristischen Person wahrgenommen (15), so dass sich die hier interessierende Besonderheit aus dem Wesen dieser Zusammenschlüsse nicht ergeben kann.

11) Hellwig II S. 384

Schönke-Pohle a. a. O.

Gegen die Anwendung des § 165 BGB für die gewillkürte Prozessvertretung, Lukes S. 142

12) In dem praktisch häufigsten Fall der gesetzlichen Vertretung bestimmt § 1673 II BGB das Ruhen der elterlichen Gewalt bei Eintritt der beschränkten Geschäftsfähigkeit.

13) vgl. dazu Hueck, OHG S. 190 f; aber str. vgl. Schlegelberger-Gessler RN 4 zu § 125 HGB sowie oben N. 11

Die Sonderfälle, wo aufgrund § 112 BGB selbständiges Handeln möglich ist, können hier unerörtert bleiben, weil dann insoweit auch Prozessfähigkeit besteht.

14) § 4 N. 18

15) vgl. dazu Hueck OHG S. 195

Als praktisch denkbare Fälle, in denen ein wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit in eigener Sache Prozessunfähiger trotzdem gerichtlich und aussergerichtlich wirksam als gesetzlicher Vertreter handeln kann, bleiben somit nur die Ausnahmen im Familienrecht sowie die juristischen Personen. Hier müsste in konsequenter Anwendung der für die Prozessfähigkeit gesetzlicher Vertreter von der hM aufgestellten Grundsätze daher auch der OE von einem in eigener Sache prozessunfähigen gesetzlichen Vertreter verlangt werden können. Da eine solche Regelung mindestens im Hinblick auf die bereits oben als wesentlich erkannte Schutzfunktion der Prozessfähigkeit (16) problematisch erscheint, kann nur eine genaue Abwägung der im einzelnen beachtlichen Interessen zu einer befriedigenden Lösung führen.

Interessen des Vollstreckungsschuldners stehen nicht entgegen, da sie bereits bei der Bestellung des gesetzlichen Vertreters hätten gewahrt werden können.

Der Gläubiger andererseits wird in erster Linie ein Interesse daran haben, dass die auch im übrigen mit der gesetzlichen Vertretung befasste Person die ihr hieraus erwachsenen Kenntnisse des schuldnerischen Vermögensbestandes offenbart. Dass dieser Person dabei die volle Geschäftsfähigkeit und damit die vom Gesetz in §§ 51/52 ZPO fingierte Reife zur Vornahme von Prozesshandlungen fehlt, fällt demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht. Denn die erforderliche Eignung zum gesetzlichen Vertreter muss ja bei der Bestellung bereits von den zuständigen Organen (Vormundschaftsgericht bzw. Aufsichtsrat u. ä.) geprüft worden sein, so dass sie im konkreten Falle auch dem Gläubiger gegenüber besteht.

Der beschränkt geschäftsfähige Vertreter selbst kann allerdings ein Interesse daran haben, den OE nicht leisten zu müssen, da sowohl die OE-Pflicht als auch die nachteiligen Folgen ihrer Nichterfüllung ihn grossenteils persönlich treffen (17). Wenn auch diesem Schutzbedürfnis dadurch entsprochen wird, dass ein beschränkt Geschäftsfähiger wegen §§ 107, 108, 131 BGB nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters zum Vertreter bzw. Organ bestellt werden kann, so ist ihm doch im Hinblick auf die beim OE in Frage stehenden unmittelbaren Folgen des Vertreterhandelns für die eigene Person (17a) nicht völlig Genüge getan.

Wägt man dieses verbleibende Schutzbedürfnis des Vertreters und die Gläubigerinteressen gegeneinander ab und berücksichtigt ferner, dass als einzige andere Lösung eine Vertretung des minderjährigen Organs durch seinen gesetzlichen Vertreter in Frage käme, so verdient demgegenüber doch die hM den Vorzug, d. h. auch beschränkt Geschäftsfähige können und müssen als gesetzliche Vertreter den OE leisten.

Es ist weder dem Gläubiger noch auch dem vertretenen Schuldner zuzumu-

16) § 4 I

17) vgl. oben § 5

17a) z. B. beruht die Verhaftung nicht auf der Bestellung zum Organ, sondern unmittelbar auf dem prozessualen Verhalten der Eidesweigerung.

ten, dass ein völlig Fremder, dem noch dazu häufig das nötige Verständnis für die in Frage stehenden Vermögensvorgänge fehlen wird, das Vermögensverzeichnis aufstellt. Ebensowenig kann von dem gesetzlichen Vertreter des Organs eine Beschäftigung mit dieser ihm womöglich unbekannten Materie oder gar eine nachfolgende Bekräftigung mit dem Eid verlangt werden. Demgegenüber fällt das Schutzinteresse des beschränkt geschäftsfähigen Vertreters, das noch dazu durch die bei der Bestellung bestehenden Kontrollmöglichkeiten wenigstens teilweise gewahrt ist, nicht entscheidend ins Gewicht.

II. Die Fehlermöglichkeiten.

Nachdem sich auch für die Anwendung der Regeln über die Prozessfähigkeit aus ihrem Sinn und Zweck die Notwendigkeit ergeben hat, die Person des Schuldners und seines gesetzlichen Vertreters zu berücksichtigen, soll nunmehr noch eine hier im Gegensatz zu anderen Verfahrensregeln bestehende Besonderheit näher beleuchtet werden. Diese besteht nämlich darin, dass erstens aus der Funktion als Prozesshandlungsvoraussetzung und zweitens auch aus § 56 ZPO die Aktualität dieser Regelung für den Verlauf des gesamten OE-Verfahrens folgt. Während nämlich die meisten Vorschriften nur eine einmalige Prüfung nötig machen, muss die Prozessfähigkeit bei jeder Prozesshandlung vorliegen, so dass im Laufe des Verfahrens, das heisst nach der ersten vor Terminsanberaumung erfolgten Prüfung, eingetretene Veränderungen berücksichtigt werden müssen und jeweils neue Fehlermöglichkeiten eröffnen. Wann das im einzelnen der Fall ist, soll nunmehr im Wege eines kurzen Überblicks über die wichtigsten Möglichkeiten geklärt werden.

1. Nachträgliche Prozessunfähigkeit.

Die im Verlauf des OE-Verfahrens eintretende Prozessunfähigkeit des Schuldners bietet trotz Unanwendbarkeit des § 241 ZPO (18) keine besonderen Schwierigkeiten. Alle bis zum Eintritt der Prozessunfähigkeit vorgenommenen Prozesshandlungen sind voll wirksam, während von diesem Zeitpunkt ab die im einzelnen noch genau zu untersuchenden Folgen (19) des Mangels der Prozessfähigkeit eintreten.

Nach Bekanntwerden der Prozessunfähigkeit tritt wegen des § 56 ZPO praktisch ein Stillstand des Verfahrens ein, der erst dadurch beendet werden kann, dass der Gläubiger dem Gericht die Person des gesetzlichen Vertreters als Schwurpflichtigen nennt und die Durchführung des OE-Verfahrens nunmehr gegen diesen beantragt (20). Dadurch wird zwar an sich lediglich das bereits begonnene Ver-

18) vgl. dazu im einzelnen unten § 12 II 2

19) vgl. unten § 12 II 2

20) vgl. Bondi S. 223/224

fahren gegen den Vollstreckungsschuldner fortgesetzt, so dass die bisher wirksam vorgenommenen Prozesshandlungen weiterwirken, und der Vertreter das Verfahren in dem Stand übernimmt, in welchem es sich bei seinem Eintritt befand (21). Diese Fortwirkung hat aber ihre Grenzen dort, wo sich aus dem individuellen Charakter der Eidespflicht etwas anderes ergeben muss. Insbesondere ist also der neu eingetretene gesetzliche Vertreter selbst durch Zustellung ordnungsgemäss zu laden und kann im weiteren Verlauf dann auch alle sich speziell aus seiner Person ergebenden Einreden vorbringen, auch wenn dieselben Einreden aus der Person des Vollstreckungsschuldners nicht mehr möglich wären (22).

Hier zeigt sich ganz deutlich, dass zu den Besonderheiten der gesetzlichen Vertretung im OE-Verfahren auch eine gewisse Verselbständigung des Verfahrens gegen den Vertreter gehört, welche sich am zwanglosesten mit der Annahme einer individuellen Eidespflicht erklären lässt. Auch die hM kommt, soweit ersichtlich, zu keinen anderen Ergebnissen, ohne sie jedoch erklären zu können.

Soweit nämlich etwa eine im Hinblick auf den OE vorgenommene Amtsniederlegung z.B. als Scheinhandlung für unbeachtlich erklärt (23) wird, betrifft das nur einen Teilbereich. Dass bei Neueintritt eines Vertreters die in einem bereits schwebenden OE-Verfahren geschaffenen prozessualen Tatbestände nicht in vollem Umfang für ihn weiterwirken, ist damit nicht gesagt.

2. Vertreterwechsel.

- a) Für die Ablösung eines gesetzlichen Vertreters durch einen neuen ist die Rechtslage nicht anders als bei nachträglicher Prozessunfähigkeit des Schuldners. Auch hier wird das Verfahren, soweit das im Hinblick auf die höchstpersönliche Natur des OE möglich ist, durch den neuen, vom Gläubiger zu bezeichnenden Vertreter übernommen, gegen den es dann selbständig fortgeführt wird. Es sind insoweit also keine Besonderheiten ersichtlich.
- b) Schwierigkeiten ergeben sich allerdings in der Praxis daraus, dass häufig gesetzliche Vertreter ihr Amt niederlegen, um dem Schuldner, welcher dann nicht vertreten ist, den OE zu ersparen. Um dem zu begegnen, hat man, wie bereits erwähnt

21) So bleibt z.B. die Eintragung einer HaftAO gegen den Schuldner im Schuldnerverzeichnis (§ 915 Abs. 1 S. 1 ZPO) bestehen, auch wenn der Schuldner prozessunfähig wird, und Einreden, mit denen der Schuldner bereits präkludiert war, können auch von dem eingetretenen gesetzlichen Vertreter nicht mehr geltend gemacht werden.

22) Z.B. kann gerade bei nachträglicher Prozessunfähigkeit des Schuldners der Fall eintreten, dass dessen Einrede aus seinem Gesundheitszustand bereits (und fälschlich) rechtskräftig zurückgewiesen wurde, während sich der eingetretene gesetzliche Vertreter selbstverständlich noch auf seinen eigenen Gesundheitszustand berufen kann.

23) vgl. z.B. Schönke-Pohle IV zu § 807 - Zum Problem unten 2b

vielfach die Meinung vertreten, es komme für die Eidespflicht auf die Vertreterstellung im Zeitpunkt der Ladung an (24). Für die Personalgesellschaften des Handelsrechts und die juristischen Personen wird von verschiedenen Seiten die Anwendbarkeit des § 15 HGB bzw. entsprechender auf Registereintragungen beruhender Schutzvorschriften (25) auch im OE-Verfahren befürwortet (26), so dass u.U. der noch eingetragene ehemalige gesetzliche Vertreter den OE zu leisten hätte, weil dem Gläubiger der Registerschutz zu Gute kommt. Es ist das Verdienst von Schepses (27), besonders darauf hingewiesen zu haben, dass zunächst einmal die Vertretungsmacht wirksam erloschen sein muss, bevor es überhaupt auf eine Ausdehnung des Registerschutzes auf das OE-Verfahren ankommen kann. Demnach ist die Amtsniederlegung bei den juristischen Personen im weiteren Sinne zunächst im Hinblick auf § 117 BGB auf ihre Wirksamkeit hin zu untersuchen und auch § 130 Abs. I S. 1 BGB bedarf der Prüfung, denn das Amt des gesetzlichen Vertreters kann nicht ohne die Aufhebung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses (meist §§ 611 ff BGB) niedergelegt werden (28). Erst wenn sich anhand die-

24) vgl. KG JW 32, 3196

dagegen wurde bereits oben § 5 geltend gemacht, dass für jede Prozesshandlung des gesetzlichen Vertreters Vertretungsmacht gegeben sein muss. Ähnlich die hM, die auf den Zeitpunkt der Offenbarung abstellt.

25) vgl. z.B. §§ 68 BGB, 29 GenG.

Hier soll der Einfachheit halber in erster Linie auf § 15 HGB als die praktisch wichtigste Bestimmung eingegangen werden, zumal die Unanwendbarkeit des § 68 BGB auf den Prozessbetrieb sich bereits aus dem Wortlaut ergibt (dazu auch Schepses ZZP 58, 235) und die Problematik bei § 29 GenG und § 15 HGB gleich ist.

26) vgl. dazu Bock S. 24 ff

Schepses S. 237

Fraeb ZZP 52, 216

OLG Dresden Rsp 6, 144 (145)

und allgemein für Prozessverkehr: Martin Wolff S. 146 N. 24

Schlegelberger-Hildebrandt 6 zu § 15 HGB

dagegen: Huyke 33/34 (m.N. in N. 12)

Redlich 64 ff (70)

Falkmann-H 2b zu § 807

KG JW 30, 2066; KG JW 26, 2114

Andere kommen unter dem Gesichtspunkt der Scheinhandlung allgemein zur Unbeachtlichkeit einer solchen Amtsniederlegung (vgl. Schönke-Pohle IV zu § 807 m.N. in N. 40, vgl. unten)

27) a.a.O. S. 234

28) Wie §§ 1882 ff, 1915 I, 1918 ff BGB zeigen, ist die Niederlegung der gesetzlichen Vertretung natürlicher Personen nicht möglich, vgl. Schepses S. 234

ser Prüfung ergeben hat, dass die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters tatsächlich erloschen und er damit nicht mehr zur Vertretung berechtigt und verpflichtet ist, kann zugunsten des Gläubigers u.U. § 15 HGB eingreifen. Selbst wenn man, was durchaus nicht unbestritten ist (29), die Anwendbarkeit des § 15 HGB auch für das Vollstreckungsverfahren bejaht, weil dieses zum "Geschäftsverkehr" zu zählen ist, muss die Heranziehung des entgegen der wahren Rechtslage noch im Handelsregister eingetragenen gesetzlichen Vertreters doch aus zwei Gründen scheitern. Erstens spricht dagegen die auf § 56 ZPO beruhende öffentlich-rechtliche Pflicht des Gerichts, von Amts wegen den Mangel ordnungsmässiger Vertretung des Schuldners zu berücksichtigen. Denn bei der Ausübung dieser gerichtlichen Prüfungspflicht handelt es sich nicht mehr um den "Geschäftsverkehr" mit auf den Registereintrag vertrauenden Dritten (30). Zweitens ist aber auch zu bedenken, dass es sich bei der Eidespflicht selbst um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung handelt, deren Auferlegung bzw. auch Aufrechterhaltung nicht mehr als zum Geschäftsverkehr gehörig betrachtet werden kann.

Die Anwendbarkeit des § 15 HGB auf die Vertretungsmacht im OE-Verfahren ist also abzulehnen und es bleibt in den Fällen wirksamer Beendigung der Vertretungsmacht als letzter Ausweg, um offensichtliche Missbräuche zu verhindern, höchstens noch die Heranziehung des auch im Prozessrecht gültigen Grundsatzes von Treu und Glauben übrig, aufgrund dessen dann der Gläubiger einem auf die nachträgliche Niederlegung der Vertretung gestützten Widerspruch die replicatio doli generalis entgegenhalten könnte (31). Ist auch das nicht möglich, dann bleibt nichts anderes übrig, als dass ein neuer gesetzlicher Vertreter zum OE herangezogen wird. Das setzt allerdings voraus, dass ein solcher nach materiellem Recht wirksam bestellt ist, denn § 57 ZPO ist wegen der nur auf die Prozessführung beschränkten Vertretungsmacht der durch das Gericht bestellten Vertreter im OE-Verfahren nach allgemeiner Auffassung (32) nicht anwendbar. Für die Heranziehung des neuen gesetzlichen Vertreters gilt dann nichts von den Fällen nachträglicher Prozessunfähigkeit und normalen Vertreterwechsels Abweichendes.

29) vgl. die in N. 26 Zitierten; insbes. Redlich S. 65/66

30) vgl. Redlich S. 70 und Huyke S. 33/34

31) so schon Bendix in JW 30, 3783

Zum Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess vgl.

Baumgärtel ZZP 69, 89 ff (90 m.N.)

Bernhardt ZZP 66, 77

32) vgl. Huyke S. 34

Schönke-Pohle IV zu § 807

3. Nichtigkeit der gesetzlichen Vertretung.

Unproblematisch ist schliesslich auch der Fall, dass die gesetzliche Vertretung von Anfang an nichtig war. Abgesehen von den Fragen, die sich für die Prozessführung im Erkenntnisverfahren und das ordnungsgemässe Vorliegen der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen ergeben, stellt die Nichtigkeit der gesetzlichen Vertretung für das OE-Verfahren einen Sonderfall des Mangels der ordnungsmässigen gesetzlichen Vertretung dar. Das hat zur Folge, dass alle Prozesshandlungen des trotz der Nichtigkeit herangezogenen "Vertreter", sowie die ihm gegenüber vorgenommenen in noch näher zu klärendem Umfange (33) unwirksam sind. Aus den bereits für die Niederlegung der Vertretung angeführten Gründen kann auch der Registerschutz nicht zugunsten des Gläubigers eingreifen. Diesem bleibt es daher überlassen, beim Vollstreckungsgericht die Durchführung des OE-Verfahrens gegen einen von ihm zu benennenden, ordnungsgemäss bestellten gesetzlichen Vertreter des Schuldners zu beantragen.

33) vgl. unten § 12 II

2. Kapitel: Das Anwendungsprinzip und seine Erprobung.

Wenn auch bereits wiederholt festgestellt wurde, dass es Sinn und Zweck der jeweiligen gesetzlichen Regelung sind, welche die Berücksichtigung einer oder beider im OE-Verfahren auf der Schuldnerseite beteiligten Personen bei der Rechtsanwendung begründen, so ist damit doch im einzelnen noch recht wenig gesagt. Handelt es sich dabei doch lediglich um eine Folge der auch im Zivilprozess zulässigen teleologischen Betrachtungsweise (1), welche für sich allein zwar eine Auslegungsmethode bietet, aber noch nicht in der Lage ist, selbst die für die Auslegung im einzelnen entscheidenden Kriterien aufzuzeigen. Will man aber der Sonderstellung des gesetzlichen Vertreters überhaupt gerecht werden, so kann das nur unter Berücksichtigung eines die Auslegung im Einzelfall etwa steuernden allgemeinen Prinzips geschehen, weil nur aus seiner Kenntnis heraus Rückschlüsse auf bestehende Zweifelsfragen möglich sind.

§ 8. DAS ANWENDUNGSPRINZIP

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach einem solchen allgemeinen Auslegungsprinzip müssen die Grundgedanken sein, welche im Verlauf der im letzten Kapitel angestellten Untersuchung zur Berücksichtigung des Schuldners, des gesetzlichen Vertreters oder auch beider für die Rechtsanwendung geführt haben.

I. Allgemeine Verfahrensbestimmungen.

1.) Ein Überblick über die hinsichtlich der Verfahrensbestimmungen im allgemeinen angestellten Überlegungen scheint hier zunächst eine Vielzahl von Kriterien zu ergeben, welche alle, als dem Sinn und Zweck einer gesetzlichen Vertretung beim OE entsprechend, die Berücksichtigung der einen oder anderen Person zu Folge hatten:

Bei der Gerichtsbarkeit waren es die Schutzbedürftigkeit der Person des Schwurpflichtigen und des Vollstreckungsschuldners, beim Rechtsschutzbedürfnis der Zweck des OE-Verfahrens, dem Gläubiger die Kenntnis neuer Vollstreckungsobjekte zu verschaffen. Für Titel und Klausel waren die Einbeziehung des OE in die ZwV und das regelmässige Vorausgehen eines fruchtlosen Vollstreckungsversuches, für die Zustellung wieder nur der Schutz des Schuldners entscheidend. Den Ausschlag bei den Vollstreckungshindernissen gab die allgemeine Richtung der Vollstreckung gegen das Schuldnervermögen.

Das gleiche Bild zeigt sich bei den Spezialvorschriften über den OE. Die Zu-

1) vgl. Pohle Lent-Festschr. 195 ff (197)

Baumgärtel S. 17 f

ständigkeitsfrage wurde nach dem allgemein für die Zwangsvollstreckung entscheidenden Gesichtspunkt der Nähe zum Vollstreckungsobjekt gelöst, während für §§ 900 Abs. II, 903 ZPO wieder der Zweck des OE-Verfahrens Berücksichtigung fand. Die Tatsache der Eidesleistung durch den gesetzlichen Vertreter trat bei Antrag, Ladung und Zustellung sowie insbesondere bei den zum persönlichen Schutz des Schwurpflichtigen bestimmten Verfahrensregeln in den Vordergrund, während sich das zu offenbarende Vermögen und die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis nach dem Zweck des OE richteten.

2.) Schon diese gedrängte Zusammenfassung lässt erkennen, dass es im Wesentlichen zwei Gesichtspunkte sind, welche die Rechtsanwendung gesteuert haben: der Zweck des OE-Verfahrens an sich und etwaige Sonderinteressen auf der Schuldnerseite.

a) Was zunächst den immer wieder herangezogenen Verfahrenszweck betrifft, so hat dieser nicht immer den Ausschlag nach einer Richtung hin gegeben. Führt er doch z.B. im Fall von Titel und Klausel zu einer Berücksichtigung des Vollstreckungsschuldners, während er bei Antrag, Ladung und Zustellung der Ladung die Person des eidespflichtigen Vertreters entscheidend sein liess.

Das rührt daher, dass die Besonderheit des OE-Verfahrens dazu zwingt, zwischen dem allgemeinen Vollstreckungszweck und dem unmittelbaren Ziel des OE-Verfahrens zu unterscheiden. Zwar liegen beide im Interesse des Gläubigers, und die Erreichung des Nahzieles der Offenlegung von Vollstreckungsobjekten dient auch dem Fernziel der Anspruchsbefriedigung. Wollte man aber in allen Fällen lediglich eines der beiden entscheiden lassen, so würde das teilweise zu unsinnigen Ergebnisse führen. Stellt man z.B. immer darauf ab, dass die möglichst reibungslose Offenbarung das beherrschende Moment sein müsse, so würde das zu einer Zuständigkeit des Vertreterwohnsitzes führen. Umgekehrt könnte die Überbetonung des allgemeinen Vollstreckungszweckes der Befriedigung aus dem Schuldnervermögen den OE-Antrag lediglich gegen den Schuldner rechtfertigen, was die Abwicklung des Verfahrens erschweren müsste. Aus den genannten Beispielen wird bereits klar, dass in der Regel dann, wenn das Endziel der gegen das Vermögen des Schuldners gerichteten ZwV überwiegend war, auch beim Vollstreckungsschuldner angeknüpft wurde. Stand hingegen das Nahziel der möglichst reibungslosen Vermögensoffenbarung auch bei prozessunfähigen Schuldner im Blickfeld, so führte das infolge der im OE-Verfahren besonderen Verselbständigung der Eidespflicht zur Anknüpfung beim Schwurpflichtigen.

b) Soweit der Schutz der Schuldnerseite als Kriterium für die Bestimmung des Anknüpfungspunktes diene, zeigt sich das gleiche uneinheitliche Bild. Zwar scheint die Berücksichtigung von Schuldnerinteressen gegenüber der Vollstreckung eines titulierten Anspruches zunächst überhaupt ein Widerspruch in sich zu sein. Wie sich aber aus den zahlreichen Schuldnerschutzbestimmungen ergibt, sind auch

einer auf rechtmässigem Titel beruhenden Vollstreckung durch gewisse Mindestinteressen des Schuldners Schranken gesetzt (2). Diese können nun entweder das Vermögen des Schuldners als Vollstreckungsobjekt oder aber seine Person betreffen, was insbesondere natürlich bei der Personalexekution, also auch beim OE der Fall ist.

Daraus erklären sich auch die unterschiedlichen Ergebnisse, zu denen die Berücksichtigung von Interessen der Schuldnerseite hinsichtlich der Rechtsanwendung geführt hat. Waren allgemeine, hauptsächlich das Vermögen als Vollstreckungsobjekt betreffende Schuldnerinteressen im Spiel, so war auch nur die Person des Titelschuldners entscheidend, wie beispielsweise bei den allgemeinen Vollstreckungshindernissen. Handelte es sich um Interessen speziell der schwurpflichtigen Person, wie bei § 906 ZPO o. ä., so war auch nur auf den gesetzlichen Vertreter abgestellt worden. Wenn schliesslich, wie im Falle der Gerichtsbarkeit bzw. Vollstreckungsgewalt deutscher Gerichte, Belange beider zusammenkommen, dann waren auch beide Personen für die Rechtsanwendung zu berücksichtigen.

II. Die Prozessfähigkeit.

Ein ähnliches, wenn auch notwendig weniger buntes Bild bietet die Anwendung der Regeln über die Prozessfähigkeit. Wie bereits oben (3) näher dargelegt wurde, verlangen sowohl die Interessen des Gläubigers an einer praktisch verwertbaren Auskunft über die zu offenbarenden Tatsachen als auch das Schutzbedürfnis der auf der Schuldnerseite beteiligten Personen die volle Einsichtsfähigkeit des Schwurpflichtigen. Wenn dabei auch der Schutzcharakter der Regeln über die Prozessfähigkeit im Vordergrund steht, so kann dennoch der Gesichtspunkt des Gläubigerinteresses an einer verwertbaren Auskunft nicht völlig ohne Beachtung bleiben. Ebenso wie bei den übrigen Verfahrensbestimmungen beherrscht daher auch bei der Prozessfähigkeit das Zwiespalt von Verfahrenszweck und Schuldnerschutz die Rechtsanwendung.

Dass dabei im Falle von Prozessunfähigkeit jeweils das Regulativ der gesetzlichen Vertretung Platz greift, kann diese Feststellung nicht erschüttern. Handelt es sich doch bei beiden Prozessvoraussetzungen nur um die zwei Seiten ein und derselben: es soll gewährleistet werden, dass bei den von oder gegenüber dem Schwurpflichtigen vorzunehmenden Prozesshandlungen in seinem und im Gläubigerinteresse die notwendige Einsichtsfähigkeit bei ihm vorhanden ist.

2) Zu dem durch die Formalisierung des Vollstreckungsverfahrens verfolgten Zweck vgl. unten § 10 I.

3) vgl. § 4 I 1 a.E. und § 7 I 2

Angedeutet werden diese zwei Seiten auch von Engisch S. 107.

III. Die Betroffenheit.

1.) Nachdem bisher Verfahrenszweck und Schuldnerschutz als die entscheidenden Auslegungskriterien aufgezeigt wurden, ist nunmehr noch festzuhalten, dass ihre Berücksichtigung bei Anwendung einer jeden Norm zu einem wesensmässig gleichen Ergebnis führt. Bei der Prüfung, ob im Einzelfall der Schuldner oder der schwurpflichtige Vertreter bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden sollen, d.h. also für die Aufstellung der *praemissa minor*, kam es jeweils auf die Person an, auf welche die *praemissa maior* nach ihrem Sinn und Zweck zugeschnitten war. Wenn die Auslegung auch materiell durch Verfahrenszweck und Schuldnerschutz bestimmt wurde, ergibt sich doch als formales Auslegungskriterium, dass jeweils die durch eine Rechtsnorm "betroffene" Person für deren Anwendung in Betracht kommen muss. Der Begriff "Betroffenheit" soll hier einmal dahin verstanden werden, dass jede Rechtsnorm nur dann auf den gesetzlichen Vertreter persönlich anzuwenden ist, wenn sie ihrem Sinn und Zweck nach auf die Person des Schwurpflichtigen zugeschnitten ist. Umgekehrt ist der Schuldner oder der gesetzliche Vertreter "betroffen", wenn Sinn und Zweck einer Norm unter Berücksichtigung von Verfahrenszweck und Schuldnerschutz ihre Anwendung auf den einen oder anderen erfordern.

a) Das wird dann deutlich, wenn man diese beiden Kriterien einmal genauer betrachtet.

Differenziert man beim Verfahrenszweck wiederum nach dem Ziel der ZwV im allgemeinen und des OE im besonderen, so zeigt sich eine Berücksichtigung des gesetzlichen Vertreters nur in den Fällen, wo seine Person im Vordergrund steht. Diese spielt aber lediglich im Hinblick auf das Nahziel der Offenbarung eine Rolle, und auch das nur dann, wenn nicht, wie z.B. bei der Zuständigkeit (4), das allgemeine und dem OE als blosses Hilfsmittel übergeordnete Vollstreckungsziel mit seiner Stossrichtung auf das Schuldnervermögen gerade zur gegenteiligen Entscheidung zwingt. Eben dieses Übergewicht des allgemeinen Vollstreckungszieles beweist aber andererseits, dass es grundsätzlich darauf ankommt, ob die Person des Schwurpflichtigen selbst betroffen ist. Und das ist unmittelbar für die Befriedigung aus dem Schuldnervermögen - das Hauptziel der ZwV - nie der Fall.

Noch deutlicher zeigt sich die Betroffenheit der Person der Schwurpflichtigen bei der Anwendung von speziell dem Schuldnerschutz im OE-Verfahren dienenden Bestimmungen. Ist nämlich, wie beispielsweise in § 906 ZPO, der Schutz gerade des Schwurpflichtigen beabsichtigt, dann kann es im Einzelfall eben nur auf seine Person ankommen. Nur der gesetzliche Vertreter als der Schwurpflichtige ist dann also von einer solchen Regelung überhaupt betroffen, so dass die Person des Vollstreckungsschuldners hier völlig ausser Betracht bleiben muss. - Umge-

4) vgl. unten b)

kehrt geht etwa § 903 ZPO davon aus, dass ein geleisteter OE innerhalb von drei Jahren auch für alle weiteren Gläubiger ein ausreichendes Hilfsmittel darstellt. Diese Regelung bezweckt zwar auch den Schutz des Schuldners vor weiterer Personalexekution, die keine neuen Ergebnisse zeitigen könnte, knüpft aber nicht bei der Person des Schuldners, sondern bei der Kenntnis des Schuldnervermögens an. Hier kann daher lediglich ein solcher OE beachtet werden, der über dieses Vermögen des Vollstreckungsschuldners bereits abgelegt wurde.

Sowohl bei der Berücksichtigung des Verfahrenszweckes in seinen beiden Spielarten als auch des Schuldnerschutzgedankens als der für die Rechtsanwendung bestimmenden Kriterien wurde also letztlich auf die Betroffenheit der Person des gesetzlichen Vertreters oder des Schuldners abgestellt. Zwar ist grundsätzlich sehr wohl davon auszugehen, dass auch das OE-Verfahren Vollstreckung gegen den Schuldner und dieser daher immer betroffen ist. Sobald aber die Tatsache der Eidespflicht des gesetzlichen Vertreters diesen zu der von einer Verfahrensbestimmung eigentlich oder auch mitbetroffenen Person macht, müssen die in dieser Bestimmung aufgestellten Tatbestandsmerkmale sich entweder allein oder wenigstens zusätzlich nach seiner Person richten. Es ergibt sich mit anderen Worten, dass letzten Endes die Betroffenheit des gesetzlichen Vertreters als des Schwurpflichtigen in Einzelfällen eine extensive Auslegung des Begriffes "Schuldner" oder hieran anknüpfender Tatbestandsmerkmale notwendig macht.

b) Im Ergebnis stellt das an sich nichts Neues dar, denn auch die allgemein bei der gesetzlichen Vertretung übliche Gesetzesauslegung richtet sich aus Gründen der Zweckmässigkeit im Bedarfsfall bei der Rechtsanwendung nach der Person des gesetzlichen Vertreters. Für den OE mögen das noch einige Beispiele aus der sich durchweg im Einklang mit der hM befindlichen im vorigen Kapitel durchgeführten Untersuchung verdeutlichen:

Ob es nun die Gerichtsgewalt oder der Antrag und die Ladung war, die Zustellung oder die in der Person des Schwurpflichtigen begründeten Hindernisse, überall war der gesetzliche Vertreter die allein- oder mitbetroffene Person.

Gewisse Zweifel ergeben sich allerdings, wie schon angedeutet, für die Zuständigkeitsregelung, wo grundsätzlich nur beim Vollstreckungsschuldner anzuknüpfen ist, obwohl eine Betroffenheit auch des Schwurpflichtigen bestehen könnte. Es ist dabei aber erstens zu beachten, dass schon im Hinblick auf § 802 ZPO eine Doppelzuständigkeit nicht in Frage kommen kann. Zweitens handelt es sich eben auch beim OE um ein Hilfsmittel zur Befriedigung des Gläubigers aus dem Schuldnervermögen. Dieses wird sich in aller Regel am Wohnsitz des Schuldners befinden, so dass nach erfolgter Auskunft einer schleunigen Vollstreckung nichts im Wege steht. Da schliesslich auch die vom zuständigen Vollstreckungsgericht vorzunehmende Eintragung in die schwarze Liste lediglich am Wohnsitz des Schuldners ihre auf vermögenslose Schuldner ausgerichtete Warn- und Hilfsfunktion erfüllen kann, darf es nur auf den Wohnsitz des Schuldners ankommen. Obwohl also an

sich auch der gesetzliche Vertreter in Frage käme, hat die Betroffenheit des Schuldners im Hinblick auf das Übergewicht der allgemeinen Vollstreckungsrichtung für die Zuständigkeitsregelung den Vorrang.

2.) Seinen Ursprung und seine Berechtigung findet das "Prinzip der Betroffenheit" letzten Endes in der Anerkennung einer individuellen Eidespflicht des gesetzlichen Vertreters. Sofern man in ihm nämlich nur den für den Schuldner handelnden Dritten sieht und nicht schon hinsichtlich der Handlungspflicht die Bedeutung seiner eigenen Rechtssphäre anerkennt, besteht kein innerer Grund dafür, seine Person für die Anwendung irgendwelcher Verfahrensregeln zu berücksichtigen, weil er dann jedenfalls nicht rechtlich sondern höchstens tatsächlich "betroffen" ist.

Zwar kommt auch die sonst übliche Auslegung der im OE-Verfahren einschlägigen Bestimmungen ohne das "Prinzip der Betroffenheit" zu den meisten der hier vertretenen Ergebnisse. Diese verdient aber als formales Kriterium festgehalten zu werden, weil sie im Zusammenhang mit dem unten (5) näher dargelegten Schutzzweck der Formalisierung des Vollstreckungsrechts wertvolle Rückschlüsse auf die rechtliche Sonderstellung des gesetzlichen Vertreters beim OE ermöglicht (6).

5) vgl. § 10 I

6) vgl. unten § 11

§ 9. EINZELFRAGEN DER RECHTSANWENDUNG UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER BETROFFENHEIT.

I. Die gesetzliche Vertretung im weiteren Sinne.

1.) Wie bereits (1) festgestellt wurde, tritt auch in den hier zu erörternden Fällen für das OE-Verfahren grundsätzlich der Vertreter (Pfleger, Vorstand, Geschäftsführer, Gesellschafter, Verwalter) an die Stelle des durch die eigentliche Vermögensvollstreckung betroffenen Rechtsträgers. Ausgehend von dieser unstreitigen Tatsache drängt sich die Vermutung auf, dass auch hinsichtlich der Rechtsanwendung bzw. der Betroffenheit keine Besonderheiten gelten, da grundsätzlich Gleiches nicht unterschiedlich behandelt werden kann. Die Richtigkeit dieser Vermutung soll jedoch anhand einiger etwa zweifelhafter Punkte erhärtet werden.

a) Da juristische Personen keinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort im Sinne von § 899 ZPO haben, wendet die hM als Ausweg den § 17 ZPO an und hält somit beim OE den Sitz der juristischen Person oder den als Sitz geltenden Ort der Verwaltung für örtlich zuständig (2). Diese Überlegung ist an sich dadurch gerechtfertigt, dass § 899 ZPO an den allgemeinen Gerichtsstand natürlicher Personen anknüpft, so dass bei juristischen Personen deren in § 17 ZPO geregelter allgemeiner Gerichtsstand in Frage kommt. Man könnte nun aber auch auf den Gedanken kommen, beim Fehlen eines "Wohnsitzes" der juristischen Person den Wohnsitz des schwurpflichtigen Organs entscheiden zu lassen. Das wäre aber angesichts der Häufigkeit mehrerer Organe äußerst unzweckmässig. Da es sich bei jeder Zuständigkeitsregelung um eine vom Gesetzgeber nach den generell zu erwartenden Umständen getroffene Zweckmässigkeitsentscheidung handelt und sich die Folgen dieser Regelung beim OE juristischer Personen gegen den Vollstreckungsschuldner selbst richten, ist der hM zuzustimmen. Trotz des Wortlautes von § 899 ZPO tritt somit gegenüber der Rechtslage bei natürlichen Personen hier im Hinblick auf die Anknüpfung keine Veränderung ein.

Die gleichen Überlegungen wie bei den juristischen Personen führen auch bei den parteifähigen Personengesamtheiten zu einer entsprechenden Anwendung von § 17 ZPO (3).

1) § 4 II

2) Huyke 2 zu § 899 (S. 94)

Förster-Kann 1 zu § 899

Schönke-Pohle 1 zu § 899

Falkmann-H 1 zu § 899

Wieczorek C I a zu § 899

KG Rsp 29, 259

OLG Dresden Rsp 6, 144

3) vgl. die in N. 2 Zitierten sowie KG Rsp 22, 2

OLG Posen Rsp 25, 176

Bei den sogenannten Parteien kraft Amtes ist die Lage insofern etwas anders, als eine konsequente Durchführung der Amtstheorie ja zu einer Zuständigkeit des Verwalterwohnsitzes kommen müsste. Demgegenüber werden hier aber auch Auffassungen vertreten, welche den Verwalterwohnsitz als allgemeinen Gerichtsstand völlig ausser Acht lassen, indem entweder der allgemeine Gerichtsstand des Gemeinschuldners etc. als ausschlaggebend angesehen oder aber § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO entsprechend angewendet wird (4). Da sich die Vermögensvollstreckung gegen den Gemeinschuldner richtet wird auf dessen Wohnsitz abzustellen sein und es ergeben sich daher im Hinblick auf seine "Betroffenheit" durch § 899 ZPO keine Besonderheiten (4a).

b) Bei der wichtigsten der "Parteien kraft Amtes", dem Konkursverwalter, taucht ein weiteres Problem für die Bewährung des Prinzips der Betroffenheit auf. Hier wird nämlich die Meinung vertreten, dass den Massegläubigern - das ist der einzig denkbare Fall eines prozessualen OE durch den Konkursverwalter - wegen der Sonderregelung des § 60 KO das Rechtsschutzbedürfnis für ein OE-Verfahren fehle (5). Man könnte daher jedenfalls vom Standpunkt der Amtstheorie aus im Zweifel darüber sein, ob nicht hier ausnahmsweise ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis gegenüber dem Schwurpflichtigen erforderlich ist. Diese Frage ist jedoch zu verneinen, denn selbst wenn man die Zulässigkeit eines OE durch den Konkursverwalter nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit im Sinne des § 60 KO verneint, so zeigt doch der von der hM für die Geltendmachung von Einwendungen aus § 60 KO zur Verfügung gestellte Rechtsbehelf des § 767 ZPO, dass es

4) für Gerichtsstand des Gemeinschuldners:

Jaeger-Lent A V 2 vor § 6 KO

Wieczorek G III d 1 zu § 50 ZPO

Jaeger 7 zu § 6 KO

für § 17 ZPO analog: Hellwig II S. 224 N. 23 und Weber

Konk. u. Treuh. 55 S. 109 m.N.

(dag. mit Recht Jaeger 16 zu § 6 KO)

speziell für OE: Huyke 2 zu § 899 (ohne Begr.)

und Falkmann-H 1 zu § 899

4a) Zur Begründung aus dem Verfahrenszweck vgl. oben § 6 I 3a und 8 III 1 b

Übrigens kommt es auch bei analoger Anwendung von § 17 I 2 ZPO nicht auf den Vertreter, sondern auf das (meist am Wohnsitz des Gemeinschuldners verwaltete) Vermögen an.

5) Specht BB 50, 692; dag. Schröder S. 96

ohne Hinweis auf RSchB lehnen OE im Falle des § 60 ab

OLG Celle LZ 1911, 475

Bock S. 56 f

dabei um den Anspruch selbst betreffende Einwendungen geht (6). Es handelt sich also überhaupt nicht um einen Fall des Rechtsschutzbedürfnisses, sondern dieser Begriff wird hier wieder einmal für völlig andere rechtliche Erscheinungen missbraucht (7).

c) Wie die obigen Beispiele gezeigt haben, ist grundsätzlich die Rechtslage bei der gesetzlichen Vertretung im weiteren Sinne nicht anders als sonst. Auch hier kommt es allein in den Fällen, wo der Eidespflichtige tatsächlich betroffen ist, auch auf seine Person an. Diese Fälle seiner persönlichen Betroffenheit unterscheiden sich aber ihrem Wesen nach nicht von den bei der Vertretung natürlicher Personen auftretenden. Insbesondere kann auch beispielsweise die Organtheorie für juristische Personen nicht dazu führen, die Haft- oder Eidesunfähigkeit eines Organs als die der juristischen Person anzusehen. Denn wie wäre es dann bei einer Mehrheit von Organen? Die Organe haben eben in gleicher Weise wie die "Parteien kraft Amtes" im OE-Verfahren - wie auch sonst im Prozess - die Stellung von gesetzlichen Vertretern (8) oder werden doch wie solche behandelt, so dass sich insofern auch keine Besonderheiten ergeben können.

2.) Ein Problem, welches zwar insbesondere bei juristischen Personen und parteifähigen Personengesamtheiten auftaucht, aber auch bei geschäftsunfähigen natürlichen Personen sowie den anderen Fällen gesetzlicher Vertretung eine Rolle spielt, ist die Rechtslage bei einer Mehrheit von Vertretern.

a) Da sich die Eidespflicht der gesetzlichen Vertreter aus dem Zusammenwirken von prozessualer Verstrickung und Innenverhältnis erklärt, ist davon auszugehen, dass grundsätzlich alle gesetzlichen Vertreter eidespflichtig werden können. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob nun Einzel- oder Gesamtvertretungsmacht besteht (9), denn für jeden einzelnen Vertreter ergibt sich aus seiner Vertreterstellung die Pflicht, entweder allein oder zusammen mit anderen seine Aufgaben zur Vertretung nach aussen - und daher auch in Prozess und ZwV - wahrzunehmen; insofern ist also auch jeder einzelne Vertreter "betroffen". Die einzelnen Vertreter sind aber bei Ableistung des OE keine Streitgenossen, da die Eidespflicht in diesem Sinne keine Parteistellung begründet, sondern nur die Verselbständigung eines be-

6) statt aller Jaeger-Lent 5 zu § 60

a.A. wegen § 14 KO analog Schröder S. 97

7) vgl. Pohle Lent-Festschr. 195 ff (209, 224)

8) bzw. als solche die Stellung der Partei!

9) so auch OLG Dresden SA 67, 375

OLG Mü Rsp 29, 261

Wieczorek B I n 1 zu § 807

Baumbach-Hueck 2 B zu § 71 AktG

Bondi S. 226 m. N.

stimmten Teils der Parteistellung darstellt (10). Unrichtig ist es m. E., wenn die analoge Anwendung von §§ 455 Abs. 1 S. 2, 449 ZPO bei einer Mehrheit von Vertretern befürwortet wird (11), da eine Auslese des eidespflichtigen Vertreters durch das Vollstreckungsgericht der Dispositionsfreiheit des Gläubigers in der ZwV widersprechen würde. Vielmehr muss der Gläubiger das Recht haben auszuwählen, wer zum OE geladen werden soll (12); und er braucht auch nicht die Ladung aller auf einmal zu beantragen, sondern kann sich zunächst mit dem OE eines Vertreters begnügen, um später im selben Verfahren auch die übrigen heranzuziehen. Eine Grenze findet diese Befugnis des Gläubigers allerdings in dem gegenüber dem Titelschuldner erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis. Denn dieses fehlt für weitere Einvernahmen dann, wenn durch den OE anderer Vertreter die Kenntnis der Vollstreckungsobjekte bereits vollständig vermittelt werden konnte.

b) Hinsichtlich der Betroffenheit ergeben sich auch bei einer Mehrzahl von gesetzlichen Vertretern keine Besonderheiten gegenüber dem bereits oben Ausgeführten. Allerdings wird hier die in einigen Punkten nur auf den einzelnen Schwurpflichtigen abgestellte Betrachtungsweise noch einmal deutlich. Wenn oben gesagt wurde, dass der Gläubiger in seinem Antrag den zu ladenden Vertreter anführen müsse, so gilt das ganz besonders bei einer Mehrheit von Vertretern. Auch müssen die einzelnen Schwurpflichtigen jeder durch selbständige Zustellung geladen werden, und soweit die Person des Vertreters sonst in Betracht kommt, erfährt jeder einzelne seine gesonderte Beurteilung; insbesondere ist auch für jeden das Verfahren nach der Ableistung des OE beendet (13).

Das Verfahren gegen den Schuldner, dessen Vermögen zu offenbaren ist, findet seinen Abschluss dagegen erst dann, wenn alle geladenen Vertreter ihrer Eidesverpflichtung nachgekommen sind bzw., wenn wegen Wegfalles des Rechtsschutzbedürfnisses eine Weiterführung unzulässig wäre. Wenn es auch zweckmäßig erscheint, den Schuldner schon bei Verfahrensbeendigung hinsichtlich nur eines von mehreren eidespflichtigen Vertretern in die "schwarze Liste" einzutragen

10) zur Streitgenossenschaft vgl.

Schönke-Pohle I 1 vor § 59 und VII zu § 900 (N. 50/49)

Wieczorek A I b 1 zu § 59

KG Rsp 23, 100

Die Frage könnte auch erst aktuell werden, wenn alle Vertr. zum OE geladen wären, da erst dann für alle die Eidespflicht tatsächlich entstanden ist.

11) Schönke-Pohle IV zu § 807

Falkmann-H 2 b zu § 807

12) Bondi S. 226 (m. N.), 235

Förster-Kann 5 zu § 807

13) vgl. im einzelnen: Bondi S. 235

gen (14) so ist doch nur seine Eintragung gerechtfertigt. Mit dem Zweck des Schuldnerverzeichnisses unvereinbar und der nur hinsichtlich des Schuldners festgestellten Betroffenheit zuwiderlaufend wäre es, neben dem Schuldner auch den jeweiligen gesetzlichen Vertreter einzutragen (14). Höchstens ein die Person des Vertreters nicht blossstellender Hinweis darauf, dass das Verfahren erst für einen von mehreren Vertretenen beendet wurde, wäre vertretbar.

II. Beschränkungen aus dem Vertretungsverhältnis.

Die Frage, ob sich aus dem Vertretungsverhältnis Beschränkungen der OEPflicht ergeben können, hängt eng mit den Problemen der Vertretungsmehrheit zusammen. Sie taucht daher wie diese vornehmlich bei den juristischen Personen und den parteifähigen Personengesamtheiten auf.

1.) Auszugehen ist auch hier wieder von der Erkenntnis, dass die Eidespflicht sich zu einem Teil aus dem Vertretungsverhältnis begründet.

Das bedeutet nun aber, dass die Eidespflicht nur innerhalb der Schranken bestehen kann, die sich aus dem Vertretungsverhältnis ergeben. Eine solche Schranke für den Vertreterhandeln bildet in jedem Fall von Vertretung, also auch der gesetzlichen, die Vertretungsmacht, über deren Rahmen hinaus der Vertreter für den Vertretenen nicht handeln darf und daher auch nicht muss. Für die Eidespflicht ergibt sich damit die natürliche Folgerung, dass sie nur entstehen kann, soweit der Vertreter zum Vertretungshandeln rechtlich in der Lage ist, das heisst soweit er Vertretungsmacht hat (15). Die Vertretungsmacht stellt aber auch die einzige Schranke dar, so dass es mindestens ungenau ist, wenn immer von einer Beschränkung durch die Befugnis zur Vermögensverwaltung gesprochen wird (16). Soweit diese sich nämlich mit der Vertretungsmacht deckt, ist der Grund darin zu suchen. Soweit darüber hinaus noch eine weitere Beschränkung angenommen wird, ist das unrichtig, weil der gesetzliche Vertreter eben im Rahmen seiner Vertretungsmacht durch sein Eintreten die dem Vertretenen fehlende Pflichtsubjektivität zu kompensieren hat.

Eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf bestimmte Verwaltungsbereiche ist nicht so sehr häufig und kommt überdies in den praktisch wichtigen Fällen der juristischen Person und der parteifähigen Personengesamtheit nicht vor, weil dem die gesetzlichen Verbote in §§ 125 HGB, 74 AktG, 27 GmbHG entgegenstehen. Von Gesetzes wegen ist ein solcher Fall aber z. B. bei der Bestellung mehrerer Vormünder (§ 19 III BGB), bei den Vermögensverwaltern und den Pflegern gegeben. Hier folgt aus der Beschränkung der Vertretungsmacht auch die Beschränkung der

14) so Bondi S. 235

15) so ausdrücklich Bondi S. 222 (Nr. 2)

16) Förster-Kann 5 zu § 807

auch Bondi S. 222

OE-Pflicht nur auf den Verwaltungsbereich bzw. das verwaltete Vermögen. Es kann aber eine OE-Pflicht sogar völlig entfallen, wenn z.B. die im Rahmen von § 1797 Abs. II BGB bestehende Vertretungsmacht oder der Umfang der Pflegschaft die Auskunft über das Vermögen oder das Vollstreckungsobjekt nicht zu decken in der Lage sind. Wer daher nur einen kleinen Bereich zu verwalten hat und deshalb in seiner Vertretungsmacht beschränkt ist, braucht den OE nicht zu leisten (17).

2.) Wer überhaupt keine Vertretungsmacht hat, braucht den OE auf keinen Fall zu leisten, und insofern ergibt sich bei den parreiffähigen Personengesellschaften eine Möglichkeit der Einflussnahme auf die OE-Pflicht von Gesellschaftern. Denn wenn auch § 125 Abs. I HGB die Vertretungsbefugnis aller persönlich haftenden Gesellschafter als Grundsatz herausstellt, so gibt es doch gleichzeitig die Möglichkeit des Ausschlusses der Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag. Wer aber auf diese Weise von der Vertretung ausgeschlossen ist, kann auch nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters der OHG oder KG haben und diese im OE-Verfahren vertreten (18). Die Meinung, dass grundsätzlich alle persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG oder KG zum OE herangezogen werden können (19), muss daher abgelehnt werden. Das ändert allerdings nichts daran, dass für den Fall des (unzulässigen) Ausschlusses aller persönlich haftenden Gesellschafter als ultima ratio die Gesamtvertretung aller (20) auch für den OE eintritt.

Anders als auf dem Umweg über eine Veränderung der gesetzlich vorgesehenen Vertretungsverhältnisse ist eine Einflussnahme auf die Eidespflicht nicht möglich und auch hier bestehen sehr enge Grenzen. Erstens ist, wie §§ 125 HGB, 74 AktG, 37 GmbHG erkennen lassen, höchstens der völlige Ausschluss einer sonst vertretungsberechtigten Person von der Vertretung möglich, und zweitens bedarf ein solcher immer der Eintragung in die entsprechenden Register. Die

17) vgl. für § 57 ZPO: Huyke S. 34, Schönke-Pohle IV zu § 807 ZPO

vgl. für § 779 ZPO: Wieczorek B I b 2 zu § 807

vgl. für Abwesenheitspfleger: Wieczorek a.a.O. und

OLG Braunschweig Rsp 20, 371

18) so richtig Weipert 18 zu § 124 HGB

Deiningner S. 128 m.N. in N. 12

19) so z.B. Bondi S. 228 ff (Nr. 12) m.N.;

Schlegelberger-Gessler 18 zu § 124 HGB.

Die Erwägungen Bondis betreffen nur die materielle Beteiligung der Gesellschafter und sagen über die Vertretung nichts aus. Es handelt sich letztlich um die Frage, wer Partei ist, und die ist dahin zu beantworten, dass es die Gesellschafter als Einzelpersonen jedenfalls nicht sind.

vgl. dazu Rosenberg § 42 II 3 S. 178

20) Baumbach-Duden 1 D zu § 125 HGB

Hueck OHG S. 176

Fälle der sogenannten unrechten Gesamtvertretung, bei denen das Tätigwerden von Gesellschaftern oder Organen an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden ist, gehören nicht hierher. Zwar stellen sie gegenüber den §§ 48 ff HGB eine Erweiterung der Vertretungsmacht des Prokuristen dar (1), dieser wird damit aber nicht zum gesetzlichen Vertreter (22) und daher auch nicht zur Ableistung des OE verpflichtet.

Eine weitere auf dem Umweg über das Vertretungsverhältnis denkbare Einflussnahme wäre der ausdrückliche Ausschluss der Ableistung des OE durch die gesetzlichen Vertreter im Gesellschaftsvertrag. Als Beschränkung der Vertretungsmacht wäre sie wegen der oben angeführten Bestimmungen ohnehin nicht möglich. Aber auch als Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis müsste eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag aus zwei Gründen wirkungslos bleiben. Erstens müsste man sie, als offensichtlich auf die Benachteiligung etwaiger Gläubiger gerichtet, gemäss § 138 BGB für nichtig ansehen. Zweitens könnte aber eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis keinerlei Aussenwirkung herbeiführen und somit auch nicht die als publizistische Pflicht gegenüber dem Gläubiger und dem Vollstreckungsgericht nach aussen bestehende Eidespflicht entfallen lassen.

Auch eine nach der Ladung zum OE vorgenommene Entziehung der Vertretungsmacht wird man, wie bereits oben näher dargelegt wurde (23), aus allgemeinen Erwägungen in den meisten Fällen als unbeachtlich ansehen können, so dass das Feld für einen gezielten Ausschluss der Eidespflicht denkbar klein ist.

3a) Im Ergebnis tritt eine Beschränkung der Eidespflicht aus dem Vertretungsverhältnis jedenfalls nur auf dem Umweg über die Vertretungsmacht ein. Dass ein gesetzlicher Vertreter trotz dieser seiner Stellung nicht oder nur in beschränktem Umfang zum OE herangezogen werden kann, kommt praktisch nur bei solchen gesetzlichen Vertretern vor, deren Vertretungsmacht auf bestimmte Verwaltungsbereiche oder Vermögensmassen beschränkt ist, wie etwa bei der amtlichen Bestellung mehrerer Vertreter (Vormünder, Parteien kraft Amtes) oder bei den Vermögensverwaltern und Pflägern.

Abschliessend ist daher festzustellen, dass alle gesetzlichen Vertreter zum OE herangezogen werden können, sofern ihre Vertretungsmacht eine solche - im Falle des § 807 ZPO ja sehr umfassende - Auskunft deckt. Es ist auch deshalb berechtigt, lediglich auf die Vertretungsmacht abzustellen, weil der gesetzliche Vertreter den Prozessunfähigen ja auch ausserhalb des Prozesses nur in diesem Um-

21) vgl. Baumbach-Duden 1 E zu §§ 49/50 HGB m. N. und 6 B zu § 125 HGB
Baumbach-Hueck 4 D zu § 71 AktG
Baumbach-Hueck 6 C zu § 35 GmbHG

22) RG 66, 240 f (244) und hM

23) vgl. oben § 7 II 2 b und Jaeger Sohm-Festg.
S. 34, N. 56

fang vertritt. Er kann und muss daher auch nur insoweit von den Vermögensverhältnissen Kenntnis haben, als er sie durch sein aussergerichtliches Handeln beeinflusst.

b) Mit dem Prinzip der Betroffenheit steht diese Überlegung voll im Einklang, denn dieses findet ja seine Begründung in der Eidespflicht. Soweit diese mangels Vertretungsmacht nicht entstehen kann, ist der gesetzliche Vertreter eben überhaupt nicht betroffen und darf im OE-Verfahren auch in keiner Weise herangezogen werden. Soweit eine Heranziehung möglich ist, weil Vertretungsmacht besteht, ergeben sich keine Besonderheiten.

3. ABSCHNITT

DIE VERLETZUNG EIGENER INTERESSEN DES GESETZLICHEN VERTRETERS UND DIE MÖGLICHKEITEN ZU IHRER GELTENDMACHUNG.

Nachdem bisher festgestellt wurde, dass der gesetzliche Vertreter selbst Subjekt der OE-Pflicht ist, und dass die einschlägigen Rechtsnormen im Falle seiner Betroffenheit auf ihn persönlich anzuwenden sind, soll nunmehr die Frage untersucht werden, ob sich hieraus eigene rechtliche Interessen des Schwurpflichtigen ergeben können, deren Verletzung er dann auch gegebenenfalls im eigenen Namen im OE-Verfahren geltend machen kann.

1. Kapitel: Die Interessenverletzung.

§ 10. VERFAHRENSMÄNGEL UND SCHULDNERINTERESSE

Bevor auf die besondere Situation des Schwurpflichtigen eingegangen werden kann, muss zunächst einmal festgestellt werden, welche Interessen, insbesondere des Schuldners, ganz allgemein in der ZwV bei Verfahrensmängeln auf dem Spiele stehen. Dabei ist vom Zweck des Verfahrensrechts in der ZwV auszugehen, aus dem sich dann Folgerungen für die Interessenverletzung werden ziehen lassen.

I. Zweck des ZwV-Verfahrens.

1.) Ziel jeder ZwV ist die zwangsweise Befriedigung irgendwelcher materiell-rechtlicher Ansprüche des Gläubigers. Dieses Ziel kann an sich auf verschiedene Art und Weise verwirklicht werden, und ein kurzer Blick auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung zeigt daher auch, dass das in der ZPO aufgerichtete System nicht die einzige Möglichkeit darstellt.

Insbesondere primitive Rechtsordnungen, wie beispielsweise die germanischen Rechte vor der Völkerwanderung, kennen überhaupt kein staatliches Vollstreckungsverfahren, sondern überlassen die Befriedigung festgestellter Ansprüche der Selbsthilfe des Gläubigers (1). Auch das römische Recht zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung kennt zwar schon ein staatliches Vollstreckungsverfahren, dieses hat aber ebenfalls noch weitgehend Selbsthilfecharakter, da es die Durchführung der einzelnen Vollstreckungshandlungen dem Gläubiger überlässt (2). Erst im Laufe der Rechtsentwicklung zieht dann der Staat die Durchführung des gesamten Vollstreckungsverfahrens an sich, und dieses wird bis in die Einzelheiten hinein formalisiert. Fragt man nach dem Grund einer solchen Entwicklung, so lassen sich hierfür zwei Ursachen anführen: Einmal hat das Eingreifen staatlichen Zwanges

1) vgl. Conrad, S. 46

2) vgl. Wenger S. 212/213

Blomeyer S. 4

mehr Erfolg als eine Selbsthilfe des Gläubigers, zum anderen sind aber auch bei der Vollstreckung durch neutrale und an strenge Regeln gebundene staatliche Organe die notwendigsten Belange des Schuldners besser gewahrt. Dass der Schuldnerschutz als sehr wesentliches Motiv auch hinter unserem Vollstreckungsrecht steht, zeigen nicht nur die schon von Anbeginn in der ZPO enthaltenen Pfändungsbeschränkungen, sondern auch deren spätere Erweiterung sowie die Neueinführung der Generalklausel des § 765 a ZPO.

Betrachtet man das Vollstreckungsrecht andererseits im Lichte der durch das Grundgesetz geschaffenen Verfassungssituation, wo die Freiheit des Staatsbürgers und der Individualrechtsschutz gegen staatlichen Zwang erheblich in den Vordergrund gerückt sind, so gewinnt diese Schutzfunktion noch grössere Bedeutung. Grundsätzlich besteht nämlich für jedermann ein Recht auf Freiheit von Zwangseingriffen des Staates in die eigene Lebenssphäre, wie sie in der ZwV zugelassen sind. Diese Zulässigkeit von Zwangseingriffen im Wege der ZwV findet ihren inneren Grund in dem Charakter der ZwV als Mittel zur Befriedigung eines staatlich anerkannten Gläubigeranspruches. Zwar ist dadurch die Tatsache des Eingriffes in die schuldnerische Lebenssphäre nicht beseitigt, jedoch stellt sich die formalistische Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens als ein Ergebnis der gesetzgeberischen Abwägung von Schuldner- und Gläubigerinteressen gegeneinander dar: Werden die Formalien eingehalten, dann besteht aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers eine Vermutung dafür, dass die Eingriffe in die Lebenssphäre für den Schuldner zumutbar sind, während umgekehrt der Gläubiger eine diesen Formalien entsprechende Vollstreckung verlangen kann (3).

2.) Im Zusammenhang mit der Untersuchung der Sonderstellung gesetzlicher Vertreter interessiert insbesondere auch die Auswirkung einer ZwV auf Dritte. Da eine völlige Isolierung der schuldnerischen Vollstreckungsobjekte nicht durchführbar ist, können nämlich auch Dritte durch die ZwV in Mitleidenschaft gezogen werden, obwohl sie sich mit ihren unmittelbaren Auswirkungen in aller Regel auf die Parteien beschränkt. Dem Recht unbeteiligter Dritter auf Freiheit von staatlichen Zwangseingriffen ist dadurch Rechnung getragen, dass der Gesetzgeber überall dort, wo er die Grenzen zumutbarer Randerscheinungen überschritten glaubte, besondere Regelungen auch zum Schutze Dritter einfügte, wie z.B. im Falle des § 809 ZPO. So besteht eine gewisse Schutzfunktion der Formalien auch für Dritte, jedoch mit dem Unterschied, dass sie infolge der normalerweise nur geringfügigen und zumutbaren Nebenwirkung hier die Ausnahme darstellt. Bezüglich Dritter besteht daher eine Vermutung für die Zumutbarkeit jeder Vollstreckung, die nur durch die Nichtbeachtung von mindestens auch im Interesse des Dritten bestehenden Formalien beseitigt wird.

II. Die Folgen von Verfahrensmängeln in der ZwV.

1.) Geht man davon aus, dass bei Einhaltung aller Formalien eine solche Vermutung für die Zumutbarkeit der ZwV besteht, so fragt es sich umgekehrt, was die Folgen einer Nichtbeachtung dieser Formalien sein können. Da sie in ihrer Gesamtheit das in der ZwV anwendbare Verfahrensrecht ausmachen, stellt jede Nicht- oder Falschanwendung jedenfalls eine Verletzung des objektiven Verfahrensrechtes, einen Verfahrensmangel dar. Für diese Feststellung kommt es weder darauf an, in welchem Stadium der Fehler aufgetreten ist, noch lässt sie auch einen Schluss darauf zu, ob er infolge seiner Schwere irgendwelche Auswirkungen auf die getroffenen Massnahmen oder Entscheidungen haben kann. Vielmehr wird damit lediglich das Fehlen der notwendigen Übereinstimmung zwischen den tatsächlichen Gegebenheiten und den prozessualen Erfordernissen bekundet, aufgrund dessen sich sofort die weitere Frage nach einer möglichen Rechtsbeeinträchtigung der Verfahrensbeteiligten aufdrängt (4).

2.) Zwar ist ein formelles subjektives Recht auf richtige Rechtsanwendung im Zivilprozess abzulehnen, weil andernfalls ja auch die durch einen bestimmten Verfahrensmangel begünstigte Partei in diesem Recht "verletzt" sein müsste (5).

Jedenfalls ist aber eine Beeinträchtigung des Gläubigers in seinem Recht auf Durchführung der ZwV (6) dann anzunehmen, wenn das Verfahren trotz Vorliegens der Voraussetzungen, d. h. also unter Verletzung der Formalien, nicht durchgeführt wird.

a) Betrachtet man demgegenüber zunächst die Situation beim Schuldner, so gibt die im Hinblick auf sein Recht auf Freiheit von Zwangseingriffen bestehende Schutzfunktion begründeten Anlass für die Annahme, dass er durch Verfahrensmängel bei Durchführung der ZwV in eigenen Rechten beeinträchtigt wird. Ist nämlich eine Schutzbestimmung verletzt, dann findet der Zwangseingriff keine gesetzliche Billigung mehr und stellt daher eine unerlaubte Beeinträchtigung der schuldnereischen Lebenssphäre dar. Fraglich ist nun allerdings, ob das bei dem Vorliegen eines jeden Verfahrensfehlers der Fall ist. Keine Rolle kann es jedenfalls spielen,

4) Der Einfluss von Verfahrensmängeln auf die Vollstreckungsakte soll an dieser Stelle überhaupt nicht, weiter unten (§ 12 II) dagegen nur im Hinblick auf die Prozessfähigkeit untersucht werden, weil diese Frage nicht in diesen Zusammenhang gehört.

5) Diese Frage eines Rechtes der Beteiligten auf richtige Sachgestaltung spielt auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Auslegung des § 20 FGG eine grosse Rolle. Es wird auch hier aus dem im Text genannten Grunde von Baur S. 324 ff und Lent FG S. 82 gegen die hM m.E. zu Recht verneint.

6) Zu dem von der hM anerkannten Vollstreckungsanspruch vgl. Rosenberg § 170, Blomeyer S. 15 ff u. a.

wenn ein Mangel verzichtbar ist, weil gerade das ja eine Dispositionsbefugnis und damit ein Recht des Verzichtenden voraussetzt.

Ein Hilfsmittel zur Beantwortung der Frage bietet die Untersuchung der für §§ 766, 793 ZPO zugelassenen Anfechtungsgründe. Verlangt man nämlich mit der hM (7) als wesentlichen Bestandteil subjektiver Rechte das Element der "Willensmacht" oder "Rechtsmacht" zu ihrer Durchsetzung, dann können die genannten Rechtsbehelfe nur Erfolg haben, wenn Rechte der Anfechtenden verletzt sind (8). Zur "Art und Weise der ZwV" werden aber praktisch alle das Verfahren der ZwV betreffenden Einwendungen gezählt (9), wenn auch mit der Einschränkung, dass der Schuldner für ihn unwesentliche Formalitäten nicht soll rügen können (10). Bei der Auswahl solcher unwesentlicher Formalitäten besteht aber im einzelnen grösster Streit (11), woraus besonders im Hinblick auf den generellen Schutzzweck der ZwV-Formalien die Problematik einer solchen Abgrenzung deutlich wird. Hinzu kommt, dass dem Schuldner gerade auch in den Fällen, wo eine für ihn unwesentliche Formalität vorliegen soll, wegen der eine Anfechtung nicht gegeben wird, die Möglichkeit einer Amtshaftungsklage eingeräumt ist (12).

7) vgl. Enneccerus-Nipperdey § 78 S. 428/429

von Tuhr I S. 60 und

Lehmann § 10 IV.

8) Auch wenn man mit Enneccerus-Nipperdey a. a. O. S. 431 N. 9 das Bestehen einer Zivilklage nicht als einziges Kennzeichen subjektiver Rechte ansieht, da sie auch fehlen kann, so gibt es doch keine Klagemöglichkeit ohne Recht.

9) vgl. statt vieler ausdrücklich Wieczorek B I und B III a zu § 766. Zu § 793 wird im allgemeinen nur auf § 766 ZPO verwiesen (so Wieczorek B I a zu § 793). Lediglich Rosenberg (§ 183 I S. 959) nennt "prozessuale" Einwendungen als mögliche Beschwerdegründe.

10) So Wieczorek B IV b 3 zu § 766.

Falkmann-H 2 und 3 zu § 766 scheinen grundsätzlich jeden Mangel als für die Erinnerung ausreichend anzusehen, da sie ausdrücklich auch Sollvorschriften erwähnen.

11) So wird z.B. bei Verstössen gegen §§ 759 und 761 ZPO, die Wieczorek (B IV b 3 zu § 766 ZPO und A I zu § 759 bzw. A I zu § 761) ausdrücklich als unwesentliche Formalitäten ansieht, die Erinnerung für möglich gehalten von Baumbach (1 zu § 759; wohl auch 1 zu § 761)

Förster-Kann (3 zu § 759; 1 zu § 761)

Falkmann-H (nur 8a zu § 761) und

Schultz (S. 313 ff).

a.A. wiederum Schönke-Pohle I zu § 759 und II zu § 761

12) So hinsichtlich der Zustellung des Pfändungsbeschlusses nach § 829 Abs. II ZPO das RG in JW 1900, 426.

Zu § 829 Abs. II ZPO auch LG Berlin in DGvZ 59, 169, welches Erinnerung

Diese setzt ihrerseits wieder eine dem Schuldner gegenüber bestehende Amtspflicht und damit also eigene Interessen des Schuldners voraus (13). Berücksichtigt man die auf Interessenwahrung gerichtete Zwecksetzung der ZwV-Formalien, so wird man daher davon ausgehen dürfen, dass bei Verletzung einer das ZwV-Verfahren betreffenden Vorschrift im Zweifel auch der Schuldner in seinen Rechten (14) beeinträchtigt ist, sofern dabei nur überhaupt noch weiter gegen ihn vorgegangen wird. Dass es dabei einige wenige Formalien gibt, deren Einhaltung nicht im Interesse des Schuldners liegt, weil sie entweder nur den Schutz Dritter bezwecken oder aber reine Ordnungsvorschriften (15) sind, soll dabei unbestritten bleiben. Das spielt aber für die weitere Untersuchung keine Rolle.

b) Für Dritte, deren Interessen der Gesetzgeber nur in Ausnahmefällen eines besonderen Schutzes durch Einzelvorschriften für bedürftig befunden hat, ist die aus der Verletzung von Verfahrensbestimmungen in der ZwV zu ziehende Folgerung im Grunde nicht anders. Zwar ergibt es sich aus der allgemeinen Stossrichtung der ZwV gegen den Schuldner ohne weiteres, dass eine Beeinträchtigung der Rechte Dritter nicht aus jeder objektiven Rechtsverletzung abgeleitet werden kann. In Umkehrung der Vermutung, die bei Einhaltung der dem Schutze Dritter dienenden Vorschriften gegen eine Beeinträchtigung von Rechten Dritter spricht, ist nunmehr eine solche Beeinträchtigung immer und nur dann anzunehmen, wenn entsprechende Schutzbestimmungen des objektiven Verfahrensrechts verletzt sind.

3.) Zusammenfassend lässt sich demnach feststellen, dass objektive Mängel in der ZwV mit den ganz seltenen Ausnahmen der Ordnungsvorschriften grundsätzlich eine Verletzung der Freiheitsrechte des Schuldners oder Dritter bzw. auch beider zur Folge haben. Das ist deshalb von Bedeutung, weil der gesetzliche Vertreter nach der hier vertretenen Auffassung in dem zur ZwV gehörenden OE-Verfahren zwar weder persönlich Schuldner noch Dritter im technischen Sinne ist, aber doch aufgrund seiner individuellen Eidspflicht eine eigenartige Zwischenstellung einnimmt. Zur Klärung dieser Stellung kommen daher im Folgenden Parallelen zum Schuldner oder Dritten wertvolle Dienste leisten.

Fortsetzung der Fussnote 12 von Seite 69

des prozessunfähigen Schuldners wegen mangelhafter Zustellung nach § 829 Abs. II ZPO ablehnt. M.E. ist das wenig überzeugend, denn Zweck der Zustellung ist es, den Schuldner von der Pfändung in Kenntnis zu setzen, was wirksam nur durch Zustellung an gesetzliche Vertreter geschieht; daher § 766 ZPO mit dem Ziel, die Zustellung ordnungsgemäss nachzuholen.

13) vgl. statt aller Palandt 5 A zu § 839 BGB und BGH NJW 59, 1316.

14) Ob man das verletzte Recht aus Art. 2 Abs. I GG herleitet (dazu vgl. Maunz-Dürig RN 26 zu Art. 2 Abs. I und RN/36 zu Art. 19 Abs. IV GG) oder aus der jeweiligen Schutzbestimmung unmittelbar, ist eine Geschmacksfrage, die an dieser Stelle unerörtert bleiben kann.

15) vgl. einerseits § 809 ZPO (Gewahrsam Dritter) und andererseits z.B. § 763 ZPO

§ 11. DIE EIGENEN INTERESSEN DES GESETZLICHEN VERTRETERS IM OE-VERFAHREN

Bevor auf die Rechtsstellung des gesetzlichen Vertreters beim OE im einzelnen genauer eingegangen werden kann, empfiehlt sich, zunächst noch ohne Differenzierung zwischen Schuldner und gesetzlichem Vertreter eine Überprüfung der eben ganz allgemein aufgestellten Grundsätze auf ihre Anwendbarkeit im OE-Verfahren. Erst dann ist die Bahn frei für das eigentliche Ziel der Untersuchung.

I. Die Interessen der Schuldnerseite im OE-Verfahren.

1.) Nach den bereits mehrfach getroffenen Feststellungen gehört auch das OE-Verfahren als deren Hilfsmittel zur ZwV. Die im Hinblick auf die allgemeine Schutzfunktion der Verfahrensvorschriften in der ZwV angestellten Überlegungen können daher schon aus diesem Grunde auch für den OE Gültigkeit beanspruchen. Sie können das sogar in ganz besonderem Masse, weil gerade die im Wege der Personalexekution erfolgenden Eingriffe, welche in ihrer Intensität bis zur Freiheitsentziehung durch Zwangshaft gehen, die persönliche Lebenssphäre des Schuldners sehr stark beeinträchtigen. Gerade hier bedeuten infolgedessen die vom Gesetzgeber aufgestellten Regeln die äussersten Grenzen des dem Schuldner mit Rücksicht auf die Gläubigerinteressen noch Zumutbaren. Wenn daher schon für die ZwV allgemein der Satz aufgestellt wurde, dass ein Verfahrensmangel im Zweifel auch eigene Interessen des Schuldners verletzt, so gilt das mit noch stärkerer Berechtigung für das OE-Verfahren.

2.) Unklar erscheint jetzt nur noch, ob es Vorschriften gibt, welche Schuldnerinteressen entgegen der allgemeinen Vermutung nicht im Auge haben.

a) Hiefür kommen insbesondere die §§ 904, 905 ZPO in Frage, da diese Bestimmungen in erster Linie dazu dienen, die ungestörte Arbeit gesetzgebender Versammlungen oder die Manövrierfähigkeit startbereiter Seeschiffe zu gewährleisten. Da man für die insoweit hinter §§ 904, 905 ZPO stehenden Immunitätsbestimmungen des Grundgesetzes und der Länderverfassungen überwiegend ein eigenes Recht der Abgeordneten verneint (1) und eigene Interessen auch bei den auf Seeschiffen angestellten Personen nicht erkennbar sind, wird man bei §§ 904, 905 ZPO eine Schuldnerschutzfunktion ablehnen müssen.

b) Ein weiteres Problem bieten die für die Gesetzesanwendung bei gesetzlicher Vertretung im OE-Verfahren aufgestellten Grundsätze. Da sie dem Prinzip der Betroffenenheit folgen, dessen seinerseits enge Verknüpfungen mit dem Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes bereits festgestellt wurde (2), muss ihre Nichtbeachtung an

1) vgl. statt aller v. Mangoldt-Klein IV 2b zu Art. 46 GG m.N.

2) vgl. oben § 8 III 1a

sich ebenfalls Interessen der Schuldnerseite verletzen.

Ist aber eine Rechtsnorm falsch angewendet worden, weil die Auslegung nicht der "Betroffenheit" folgte, sondern z.B. für die Aufstellung der praemissa minor nur auf die Person des Schuldners anstatt des Schwurpflichtigen zurückgegriffen wurde (2a), so liegt darin eine Verletzung des angewendeten Gesetzes (3) und der Schuldner ist dadurch in seinen Rechten beeinträchtigt. Unmittelbar selbständige Bedeutung kommt der Nichtbeachtung von Auslegungsgrundsätzen allgemein und der "Betroffenheit" im besonderen für die Beeinträchtigung von Schuldnerinteressen daher nicht zu.

3.) Da weitere Zweifelsfälle nicht ersichtlich sind, kommt daher eine Beeinträchtigung der Schuldnerseite im OE-Verfahren mit Ausnahme von §§ 904, 905 ZPO bei Verletzung aller einschlägigen Verfahrensvorschriften in Betracht. Es steht nunmehr einer Untersuchung der Möglichkeiten und des Umfanges etwaiger Verletzungen des gesetzlichen Vertreters in seinen eigenen Rechten nichts mehr im Wege.

II. Die Rechtsstellung des gesetzlichen Vertreters.

Den Ausgangspunkt für die folgende Betrachtung bildet zweckmässigerweise die Betroffenheit der auf Schuldnerseite am OE-Verfahren Beteiligten. Da sie nämlich als das die Gesetzesanwendung steuernde Prinzip dem Interessengegensatz im OE-Verfahren nach dem Sinn und Zweck einer Norm (3a) gerecht wird, ist sie auch als Masstab für die Prüfung des Bestehens von Vertreterinteressen geeignet. Darüber hinaus würde auch ein Eingehen auf sämtliche in Frage kommenden Bestimmungen ins Uferlose gehen, so dass ein nach der Betroffenheit gliederndes Vorgehen eine grosse Vereinfachung bedeutet.

1.) Wie oben festgestellt wurde, stellt die Verletzung einer jeden Verfahrensvorschrift im Zweifel auch die Beeinträchtigung eigener Rechte des Vollstreckungsschuldners dar. Zwar wird die Stellung des gesetzlichen Vertreters durch eine unter Verletzung von Verfahrensrecht erfolgende Durchführung des OE-Verfahrens sehr wohl in jedem Fall beeinträchtigt, weil er ja schliesslich der Personalexekution ausgesetzt ist. Diese Beeinträchtigung ist jedoch in all den Fällen nur eine mittelbare, in denen die nach dem Prinzip der Betroffenheit stattfindende Anwendung der Verfahrensvorschriften den gesetzlichen Vertreter nicht zu berücksichtigen hat, nicht bei seiner Person anknüpft. Wenn nämlich schon die Gesetzesanwendung,

2a) etwa dadurch, dass der Schuldner persönlich und nicht der gesetzliche Vertreter gem. § 900 III S. 1 ZPO geladen wurde.

3) Das spielt insbesondere bei den Bestimmungen über die Prozessfähigkeit eine Rolle; vgl. daher dort im Zusammenhang (unten § 12 I 3).

3a) vgl. insoweit zur Betroffenheit oben § 8 III 1

welche im besonderen Fall des OE die Person des Vertreters stark berücksichtigt, hier nur auf den Schuldner abstellt, dann können auch bei Gesetzesverletzung dem Vertreter nicht mehr Rechte zustehen, als das normalerweise für die gesetzliche Vertretung der Fall ist. Ganz allgemein ist bei gesetzlicher Vertretung aber ein eigenes Recht des Vertreters, welches dem jeweiligen Recht der Partei selbst genau entspricht, zu verneinen. Freilich spielt es auch für die Eidesverpflichtung eine Rolle, ob beispielsweise die allgemeinen Voraussetzungen jeder ZwV - Titel, Klausel und Zustellung - für welche lediglich der Schuldner zu berücksichtigen ist, gegeben sind. Aber hinsichtlich dieser Bestimmungen ist die Person des gesetzlichen Vertreters von nicht grösserer Bedeutung als sonst bei gesetzlicher Vertretung, das heisst sie kann ausser Betracht bleiben. Das bedeutet, dass eine Verletzung eigener Rechte des gesetzlichen Vertreters aus dem Auftreten von Verfahrensmängeln jedenfalls dann nicht hergeleitet werden kann, wenn seine Person nach dem Prinzip der Betroffenheit schon für die Anwendung der entsprechenden Vorschrift überhaupt keine Bedeutung hat.

2.) Wie ist es nun aber umgekehrt in all den Fällen, welche eine Berücksichtigung des gesetzlichen Vertreters als jedenfalls mitbetroffen erforderlich machen?

Vorauszuschicken ist der Beantwortung dieser Frage die Feststellung, dass es sich überall, wo der gesetzliche Vertreter unmittelbar betroffen und daher seine Person, wie oben gezeigt (4), für die Gesetzesanwendung zu berücksichtigen ist, um Vorschriften handelt, die nicht lediglich den Interessen Dritter dienen oder reine Ordnungsvorschriften darstellen. Das folgt schon allein aus der Tatsache der Betroffenheit des gesetzlichen Vertreters an sich. Denn wenn schon überhaupt die Berücksichtigung seiner Person erforderlich ist, weil eine Bestimmung gerade die Stellung des Schwurpflichtigen regeln will, dann muss auf der Schuldnerseite auch ein eigenes Interesse an der richtigen Ausgestaltung dieser Stellung bestehen (5). Eine Ausnahme gilt hier nur bezüglich der §§ 904, 905 ZPO, da sie überhaupt Interessen der Schuldnerseite nicht im Auge haben.

a) Da es sich immer um ZwV gegen den Titelschuldner handelt, ist dieser durch Verfahrensmängel auch dann in eigenen Rechten verletzt, wenn seine Person für die Gesetzesanwendung nicht zu berücksichtigen ist. Insofern ist es also auch hier nicht anders als sonst bei der gesetzlichen Vertretung: Zurechnungssubjekt der Rechte (6) ist im allgemeinen der Schuldner selbst. Wenn also z.B. ein Mangel hinsichtlich der Ladung zum OE-Verfahren sowie der Zustellung derselben auftritt,

4) § 6

5) Vgl. auch im einzelnen die Begründung unter b) für eine Beeinträchtigung des gesetzlichen Vertreters.

6) Da die Zurechnung von Rechten bzw. Interessen an die Einsichtsfähigkeit des Rechtsträgers nicht geknüpft ist (vgl. Wolff I S. 116, 117 f), treten hier die bei der Pflichtsubjektivität erörterten Schwierigkeiten nicht auf.

so ist dadurch auch der Vollstreckungsschuldner in seinen Rechten verletzt.

b) Ist nun aber der gesetzliche Vertreter in diesen Fällen auch in eigenen Rechten verletzt? Zwar stellt die Berücksichtigung seiner Person bei der Auslegung ein gewisses Indiz für die Bejahung der Frage dar, um sie erschöpfend beantworten zu können, muss aber nochmals auf die Überlegungen zurückgegriffen werden, welche die Anknüpfung bei der Person des Vertreters und die Rechtsverletzung des Schuldners in der ZwV allgemein begründet haben. Ausschlaggebend für die Anknüpfung war letztlich die Betroffenheit der Person des Schwurpflichtigen durch die jeweilige Verfahrensvorschrift, sei es dass diese unmittelbar seinen Schutz bezweckte, sei es dass sie sonst im Hinblick auf den Verfahrenszweck gerade auf ihn zugeschnitten war. Die Verletzung subjektiver Rechte des Schuldners beim Auftreten von Verfahrensmängeln rechtfertigte sich daraus, dass die bei Einhaltung der Formalien bestehende Vermutung bei ihrer Ausserachtlassung nicht mehr durchgreifen konnte.

Bringt man diese beiden Überlegungen zueinander in Beziehung, so ergibt sich folgendes: Die Einhaltung solcher Formalien, welche die Person des Schwurpflichtigen unmittelbar betreffen, die sich mit anderen Worten ihrem Zwecke nach aus seiner Person bestimmen, liegt auch im unmittelbaren Interesse des Schwurpflichtigen.

Für alle die Vorschriften, welche allein oder wenigstens zu einem Teil seinen Schutz unmittelbar zum Gegenstand haben, folgt das ohne weiteres aus ihrer Zielsetzung (7). Es gilt aber auch in den anderen Fällen, wo hauptsächlich Zweckmässigkeitsgründe die Betroffenheit des gesetzlichen Vertreters erklären können und so zu einer Berücksichtigung seiner Person führen. Insoweit treffen nämlich die Überlegungen, welche eine Verletzung von Schuldnerrechten begründen konnten, auch auf den Vertreter selbst zu. Am besten wird das deutlich am Beispiel des Gläubigerantrages auf Durchführung des OE-Verfahrens, welcher die Person des schwurpflichtigen Vertreters zu bezeichnen hat, wobei aber § 900 Abs. 1 S. 1 ZPO sicherlich nicht unmittelbar dem Schutz des Schwurpflichtigen dient. Die ZwV setzt aber einen Antrag des Gläubigers grundsätzlich deshalb voraus, weil es sich auch um die Verwirklichung von Rechten des Gläubigers handelt. Soweit ein Antrag fehlt, ist der Wille des Gläubigers nicht in der erforderlichen Form zum Ausdruck gekommen, so dass die in der Durchsetzung festgestellter Rechte liegende Rechtfertigung von Eingriffen in die Schuldnersphäre in Frage gestellt sein muss, da der Gläubiger sein Recht u. U. noch nicht verwirklichen will. Ebenso wie der Vollstreckungsschuldner allgemein durch eine antragslose ZwV in einem eigenen

7) Hierher gehören neben der Gerichts- bzw. Vollstreckungsgewalt (die ja auch über den Vollstreckungsschuldner bestehen muss) alle in der Person des Schwurpflichtigen bestehenden Hindernisse, wie sie oben (§ 6 II 2) näher erläutert wurden (ausser §§ 904, 905 ZPO!)

Recht verletzt wäre, ist aber auch der gesetzliche Vertreter in einem eigenen Recht verletzt, wenn das OE-Verfahren gegen ihn durchgeführt wird, obwohl der Gläubiger seine Person im Antrag nicht bezeichnet hat. Das wird besonders dann deutlich, wenn man berücksichtigt, dass der Gläubiger bei Vorhandensein mehrerer gesetzlicher Vertreter denjenigen, den er zum OE heranziehen will, auswählen muss. Der Betroffene, der durch die auf dem Antrag beruhende Ladung im Einzelfall eidespflchtig wird, hat daher auch ein Recht darauf, dass der Gläubiger die Auswahl gerade seiner Person ordnungsgemäss vorgenommen hat.

Nichts anderes als für den Gläubigerantrag gemäss § 900 Abs. 1 S. 1 ZPO gilt aber für Ladung und Zustellung, denn durch sie wird die Eidespflicht des Vertreters konkretisiert, und er hat daher ein Recht auf ihr ordnungsgemässes Zustandekommen.

3.) Während eine Verletzung des Vollstreckungsschuldners in seinen Rechten auch im OE-Verfahren durch nahezu alle Verfahrensmängel eintritt, hat sich eine solche beim gesetzlichen Vertreter nur dann gezeigt, wenn es sich um Verfahrensbestimmungen handelte, von denen er selbst unmittelbar betroffen ist.

Unberücksichtigt blieben bisher die Bestimmungen über die Prozessfähigkeit, da sie als Ursache der gesetzlichen Vertretung eine Sonderstellung einnehmen. Über diese Frage und die teilweise damit zusammenhängenden Folgen einer Verletzung der Anwendungsregeln wird daher im folgenden Paragraphen noch zu sprechen sein.

§ 12. INSBESONDERE DIE MÄNGEL IM ZUSAMMENHANG MIT DER PROZESSFÄHIGKEIT

In erster Linie interessieren hier selbstverständlich die Folgen, welche die falsche Anwendung der Regeln über Prozessfähigkeit und gesetzliche Vertretung auf die Stellung des jeweiligen Vertreters im OE-Verfahren haben können. Aufgrund der zentralen Bedeutung, welche diesen Regeln innerhalb einer Untersuchung über gesetzliche Vertretung beim OE zukommt, sollen darüber hinaus aber auch noch in einem Exkurs die Auswirkungen solcher Mängel auf die einzelnen Vollstreckungsakte und Entscheidungen beleuchtet werden.

I. Die Verletzung eigener Interessen des Vertreters.

1.) Ein Interesse der Schuldnerseite an der Einhaltung von Verfahrensvorschriften in der ZwV ergab sich allgemein aus dem Schutzcharakter einer Formalisierung der Vollstreckung auch beim OE. Da sich bereits früher (1) die Schutzfunktion der Prozessfähigkeit bzw. der gesetzlichen Vertretung des Schuldners in der ZwV als einer der Hauptgründe gezeigt hat, welche deren Notwendigkeit als Prozesshandlungsvoraussetzung bejahen liessen, ist aus dieser Schutzfunktion auch hier ein Interesse der Schuldnerseite abzuleiten.

Fraglich ist allerdings wiederum, inwieweit beim Auftreten von Mängeln Interessen des Vollstreckungsschuldners oder seines gesetzlichen Vertreters in Frage stehen. Eindeutig lässt sich eine Antwort zunächst insoweit geben, als mit dem Erfordernis der Prozessfähigkeit ein Schutz des nicht einsichtsfähigen Schuldners bezweckt wird. Bei Verletzung der §§ 51, 52 ZPO kommt also sicherlich auch seine Beeinträchtigung in Betracht. Wird daher gegen einen prozessunfähigen und nicht ordnungsgemäss gesetzlich vertretenen Schuldner das OE-Verfahren durchgeführt, so ist dieser jedenfalls in seinen Interessen verletzt.

2.) Für die Interessen des nicht unmittelbar geschützten gesetzlichen Vertreters ergibt sich folgendes:

An sich sollte man aus dem nur auf die Person des Schuldners ausgerichteten Schutzzweck schliessen dürfen, dass Mängel den gesetzlichen Vertreter unmittelbar überhaupt nicht betreffen können. Die Unrichtigkeit einer solchen Folgerung ergibt sich aber sofort, wenn man sich vergegenwärtigt, welche Mängel eigentlich bei Beteiligung eines Vertreters am Verfahren hinsichtlich der § 51, 52 ZPO auftreten. Wird nämlich ein Vertreter des Prozessunfähigen überhaupt belangt, so ist ein Verfahrensmangel höchstens dadurch möglich, dass er nicht der richtige gesetzliche Vertreter ist, weil er entweder Vertretungsmacht gar nicht oder lediglich in einem für den OE unzureichenden Masse (3) besitzt. Gerade in all diesen Fällen besteht

1) vgl. oben § 4 II

3) vgl. oben § 5 III 4 und § 9 II 1

aber ein eigenes Interesse des "gesetzlichen Vertreters" daran, von dem ihm gegenüber nicht berechtigten Zwang der Personalexekution frei zu bleiben. Sowohl die OE-Pflicht des gesetzlichen Vertreters als auch der zu ihrer Erfüllung mögliche Beugezwang, mithin also die Durchführung des gesamten OE-Verfahrens gegen eine andere Person als den Vollstreckungsschuldner finden ihre Rechtfertigung doch nur darin, dass diese Person von der Rechtsordnung mit Vertretungsmacht zum Handeln für den selbst prozessunfähigen Schuldner ausgestattet wurde. Fehlt diese Vertretungsmacht ganz oder auch nur im erforderlichen Umfang, so entfällt mit dem Recht auch die Pflicht zum Tätigwerden für den Schuldner. Daraus folgt aber nun wiederum, dass jede Massnahme oder Entscheidung des Vollstreckungsgerichts, die eine solche Pflicht konkretisieren soll oder voraussetzt, nicht nur objektiv rechtswidrig ist, sondern neben den Rechten des Schuldners auch die des zu Unrecht herangezogenen "gesetzlichen Vertreters" verletzt.

3.) Ausgeklammert wurden bisher die Möglichkeiten unmittelbarer Interessenverletzung aufgrund von Verstößen gegen das Prinzip der Betroffenheit, d.h. also die Fälle, in denen für die Aufstellung der praemissa minor die falsche Person herangezogen wurde (5). Deren nunmehr anzustellende Untersuchung braucht sich allerdings nur auf die Bestimmungen zu erstrecken, für deren Anwendung die Person des Vollstreckungsschuldners entscheidet, da bei Falschanwendung der den Schwurpflichtigen "betreffenden" Normen dieser ohnehin in eigenen Interessen verletzt ist (6). Ausser Betracht bleiben hier ausserdem Mängel, welche durch Abwicklung des OE-Verfahrens am Wohnsitz des Schwurpflichtigen auftreten, weil die Zuständigkeitsregelung eine gewisse Sonderstellung einnimmt (7), sowie die fälschliche Annahme von Vollstreckungshindernissen in der Person des Vertreters anstatt des Schuldners, die niemals Interessen der Schuldnerseite beeinträchtigen kann (8).

Für die übrigen Vorschriften ist grundsätzlich auch jetzt noch davon auszugehen, dass es sich unmittelbar in erster Linie um einen Verstoß gegen den Schuldner betreffende Bestimmungen handelt, der zwar durch einen Verstoß gegen die Rechtsanwendungsregeln begründet wird, aber insofern nur mittelbar ist und den Vertreter nicht beeinträchtigen kann. Eine Grenze findet dieser Grundsatz aber - und darin liegt eine Querverbindung zu den bereits behandelten §§ 51, 52 ZPO - in der Vertretungsmacht bzw. damit der Vertretungspflicht des gesetz-

5) vgl. oben § 11 I 2 b

6) vgl. oben § 11 II 2: Und zwar liegt der objektive Mangel dann in einer Verletzung der entsprechenden Vorschrift, hervorgerufen allerdings durch die hier im Text behandelte Missachtung der Betroffenheit;

vgl. auch § 11 I 2 b

7) vgl. oben § 6 I 3 a, § 8 I 2 a, § 8 III 1 b α und 9 I 1 a

8) etwa die Einstellung des OE-Verfahrens bei Konkurs des Vertreters.

lichen Vertreters. Über sie hinaus ist eine Inanspruchnahme des gesetzlichen Vertreters nicht gerechtfertigt, und eine fälschliche Berücksichtigung seiner Person für die Rechtsanwendung beeinträchtigt eigene Interessen des Vertreters daher immer dann, wenn sie diese über die Vertretungsmacht hinaus in das Verfahren einbezieht. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn von dem Vertreter, entgegen dem Prinzip der Betroffenheit, auch Angaben über sein eigenes Vermögen verlangt werden; ein Fehler der besonders bei der Einvernahme von vertretungsberechtigten Personalgesellschaften praktisch werden kann, weil hier die Abgrenzung von Gesellschafts- und Privatvermögen oft schwierig sein mag. Ebenso ist ein gesetzlicher Vertreter auch dann unmittelbar beeinträchtigt, wenn er selbst an Stelle des Schuldners oder auch neben diesem namentlich in die schwarze Liste eingetragen wird (9). Weitere Fälle, in denen eine Inanspruchnahme des grundsätzlich schwurpflichtigen gesetzlichen Vertreters über seine Vertretungspflicht hinaus zur unmittelbaren Verletzung von eigenen Interessen des Vertreters führt, sind nicht ersichtlich. Andererseits ist aber gerade hier eine Einschränkung hinsichtlich der Beeinträchtigung von Schuldnerinteressen zu machen: Sofern ein gesetzlicher Vertreter über seine Vertretungsmacht hinaus in das im übrigen gegen ihn zulässige Verfahren einbezogen wird, kommt eine Beeinträchtigung des Schuldners selbst nicht in Betracht, weil Wirkungen für diesen infolge der Überschreitung des Rahmens der Vertretung nicht eintreten können.

4.) Fasst man das Ergebnis der bisher über die Verletzung von Vertreterinteressen angestellten Überlegungen nochmals kurz zusammen, so ergibt sich folgendes: Der gesetzliche Vertreter ist in eigenen Interessen immer dann verletzt, wenn es um die gesetzliche Vertretung des Schuldners oder um Vorschriften geht, von denen er auch selbst "betroffen" ist. Bei Betroffenheit nur des Schuldners kommt eine Beeinträchtigung des Vertreters lediglich im Falle einer Inanspruchnahme über den Rahmen der Vertretungsmacht hinaus in Frage.

Schuldnerinteressen sind grundsätzlich bei jedem Mangel beeinträchtigt, scheiden allerdings ausnahmsweise dann aus, wenn die Vollstreckung durch Inanspruchnahme des Vertreters trotz Betroffenheit des Schuldners eine der Vertretungsmacht nicht entsprechende Richtung erhält.

II. Exkurs: Folgen des Mangels der Prozessfähigkeit für das Verfahren.

Die Bedeutung des Fehlens der Prozessfähigkeit bzw. der ordnungsmässigen gesetzlichen Vertretung legt es nahe, im Rahmen dieser Untersuchung auch die Folgen zu betrachten, welche durch solche Mängel für ein laufendes Verfahren eintreten können.

Da es sich grundsätzlich um die gleichen Fragen handelt, sollen im Folgen-

9) vgl. RGZ 140, 152 f (153) und oben § 6 II 4 und § 8 I.

den lediglich Prozessunfähigkeit bzw. mangelnde gesetzliche Vertretung des Schuldners, nicht dagegen des Vertreters betrachtet werden.

1.) Auszugehen ist zunächst von der Erkenntnis, dass Prozessfähigkeit bzw. gesetzliche Vertretungsmacht im OE-Verfahren Prozesshandlungsvoraussetzung sind, das heißt sie müssen bei jeder von oder gegenüber dem Schuldner vorgenommenen Prozesshandlung gegeben sein.

Was bedeutet nun dieses Erfordernis negativ, mit anderen Worten welches sind die Folgen des Nichtvorliegens dieser Prozesshandlungsvoraussetzung in irgendeinem Stadium des OE-Verfahrens? Eine generelle Beantwortung dieser Frage, welche auf die Unzulässigkeit und Unwirksamkeit der entsprechenden Prozesshandlung hinauslaufen würde (10), ist wegen der Besonderheiten der einzelnen Prozesshandlungen im OE-Verfahren nicht möglich und es sollen daher im Folgenden die Prozesshandlungen des Schuldners bzw. gesetzlichen Vertreters selbst und gegenüber ihnen im einzelnen auf ihre Fehlerhaftigkeit untersucht werden.

a) Was die im OE-Verfahren möglichen Prozesshandlungen der Schuldnerseite anbetrifft, so kommen hier nur der OE selbst als Handlungskomplex sowie die einzelnen Rechtsbehelfe in Betracht.

α) Die Annahme, der OE eines Prozessunfähigen oder eines falschen gesetzlichen Vertreters sei nicht nur unzulässig sondern auch unwirksam, mag auf den ersten Blick befremden, denn auch hier hat ja der Gläubiger ein bestimmtes Wissen mitgeteilt erhalten, welches er im weiteren Verlauf der Vollstreckung zu verwerten in der Lage ist. Dieser erste Anschein trügt jedoch insofern, als er lediglich die rein tatsächlichen Folgen einer solchen Wissensmitteilung betrifft, nicht aber ihre rechtliche Wirksamkeit. Als rechtlich wirksam könnte nämlich ein derart fehlerhafter OE nur dann bezeichnet werden, wenn auch bei Bekanntwerden des Mangels einerseits der Schuldner in die schwarze Liste einzutragen wäre, andererseits der Gläubiger eine Ableistung des OE durch den richtigen gesetzlichen Vertreter nicht nochmals verlangen könnte; beides ist aber abzulehnen. Wenn auch diese Frage, soweit ersichtlich, in Literatur und Rechtsprechung noch nicht behandelt wurde, so könnte man doch auf den Gedanken kommen, auf die von Huyke (11) für andere Fehler verwendete Argumentation zurückzugreifen, dass

10) Grundsätzlich kommt nur Unwirksamkeit (nicht Nichtigkeit!) in Frage, weil der Mangel nach hM, wie auch aus §§ 553 Ziff. 5, 579 Ziff. 4 ZPO ersichtlich ist, durch nachträgliche Genehmigung heilbar ist
vgl. dazu Rosenberg § 43 III 1b, 2 S. 187/188

Die Unzulässigkeit folgt daraus, dass die Vornahme unwirksamer Prozesshandlungen dem Prozesszweck nicht entspricht und daher nicht möglich sein darf.

11) a.a.O. 5 zu § 903 S. 133-135

im Anschluss an ihn Falkmann-H 2 zu § 900

der OE als staatlicher Vollstreckungsakt ohne Geltendmachung der entsprechenden Rechtsbehelfe nicht als unwirksam angesehen werden könne. Diese Beweisführung hält aber gerade bei der Prozessfähigkeit nicht Stand, da diese die notwendige Einsichts- und Handlungsfähigkeit des Schwurpflichtigen zum Ausdruck bringt, seine den Kern des Vollstreckungsaktes darstellende Mitwirkungshandlung vorzunehmen. Wenn dieser Kern aber fehlerhaft ist, dann kann der gesamte Vollstreckungsakt keine Wirksamkeit beanspruchen. Dass Huyke eine ähnliche Anschauung vertritt, zeigt sich an den auch von ihm für die Unwirksamkeit des OE herangezogenen Beispielen, die fast ausnahmslos die Mitwirkungshandlung des Schwurpflichtigen selbst betreffen (12).

Ist somit der OE beim Mangel der Prozessfähigkeit oder ordnungsmässiger gesetzlicher Vertretung unwirksam, so fragt sich, ob er durch die allgemein bei derartigen Mängeln für zulässig erachtete Genehmigung (13) noch wirksam werden kann. Da ist zu verneinen, weil auch durch eine solche Genehmigung des Schwurpflichtigen dessen aus eigener Kenntnis abzulegender OE nicht zu ersetzen ist (14). Folge ist also, dass der Gläubiger einerseits die Erneuerung (15) des OE verlangen kann, ohne dass § 903 entgegensteht. Dafür spricht auch das Interesse des Gläubigers daran, die Auskunft über den Vermögensstand des Schuldners von der dafür vom Gesetz als zuständig angesehenen Person zu erhalten. Andererseits darf der "unwirksame OE" auch nicht ins Schuldnerverzeichnis eingetragen werden, was im Zusammenhang mit der sich daraus ergebenden Rechtsfolge des § 903 ZPO auch für die Allgemeinheit von Interesse ist, da dritte Gläubiger auf die Zuverlässigkeit des ersten OE angewiesen sind.

8) Für die im OE-Verfahren in Frage kommenden Rechtsbehelfe (16) der Schuldnerseite ist zu unterscheiden, ob sie sich auf den Mangel der Prozessfähigkeit bzw. der gesetzlichen Vertretung oder aber auf andere Mängel stützen. Im ersten Fall ist nämlich von der auch für andere Verfahren, insbesondere den Erkenntnisprozess, herrschenden Anschauung auszugehen, dass für die Geltendmachung dieses Mangels sowohl der betroffene Schuldner bzw. falsche gesetzliche Vertreter selbst als auch

12) vgl. Huyke 5 zu § 903, S. 133

13) vgl. oben N. 10

14) Obwohl dieser Hinderungsgrund nicht besteht, wenn der Prozessunfähige nach der Eidesleistung prozessfähig wird, kann er doch seinen eigenen OE im Hinblick auf die strafrechtlichen Konsequenzen ebenfalls nicht durch Genehmigung wirksam machen.

15) Unter Erneuerung soll hier im Anschluss an Schwalm S. 68 f die erneute Eidesleistung aufgrund desselben Titels bzw. bei dritten Gläubigern trotz des § 903 auch innerhalb von 3 Jahren verstanden werden.

16) im einzelnen vgl. dazu unten § 13

der richtige gesetzliche Vertreter für befugt gehalten werden (17). Danach ist also auch im OE-Verfahren der von einem Prozessunfähigen oder vom falschen gesetzlichen Vertreter zur Rüge dieses Mangels eingelegte Rechtsbehelf weder unzulässig, noch unwirksam.

Anders ist das dann, wenn der prozessunfähige Schuldner oder aber der falsche gesetzliche Vertreter mit einem Rechtsbehelf andere Mängel geltend machen wollen und die Prozessunfähigkeit ausser Acht lassen. Solche Rechtsbehelfe sind nicht allein unzulässig, sondern auch unwirksam; dieser Mangel kann allerdings durch Genehmigung des richtigen gesetzlichen Vertreters geheilt werden.

b, α) Was die Prozessfähigkeit für gegenüber dem Schuldner vorzunehmende Prozesshandlungen anbelangt, so ist hier zunächst einmal die Zustellung zu betrachten. Zwar setzt § 171 ZPO die Prozessfähigkeit bzw. ordnungsmässige gesetzliche Vertretung als Voraussetzung jeder Zustellung fest, obwohl die Zustellung selbst keine Prozesshandlung des Gerichts gegenüber dem Schuldner darstellt, sondern deren wirksamer Bekanntgabe dient (18). Aber nicht allein auf § 171 ZPO kommt es in der Regel im OE-Verfahren an. Denn es wurde bereits (19) festgestellt, dass im OE-Verfahren gewisse Prozesshandlungen des Gerichts wegen des höchstpersönlichen Charakters der Eidespflicht gegenüber dem Schwurpflichtigen selbst vorgenommen werden müssen. Wird deshalb eine Zustellung unmittelbar an den Vollstreckungsschuldner bewirkt, dann ist nicht allein § 171 ZPO verletzt, sondern - da der Schwurpflichtige "betroffen" wäre - auch die jeweils angewendete Norm über die vorgenommene Prozesshandlung (19a).

17) vgl. dazu Wieczorek B I zu § 56; B III zu § 56

B IV b zu § 51

Schönke-Pohle II 1 zu § 56

Baumbach 1 D zu § 56

RGZ 29, 408 f (411) m. Hinw. auf st. Rechtspr.

RGZ 86, 342 und hM.

Wenn Hellwig (II S. 342 und Syst. II S. 181) dieses Ergebnis mit der Annahme einer blossen Anregung zur Amtsprüfung des Mangels erklären will, so trifft das jedenfalls für die Einlegung von Rechtsmitteln nicht zu, da hier ja erst durch das Rechtsmittel eine neue Instanz eröffnet werden muss. Man wird daher wohl eine auf den Streit über die Prozessfähigkeit beschränkte Prozess- o. Vertretungsfähigkeit annehmen müssen (so auch Rosenberg § 43 III 4 S. 189 und HRR 1929, 959 = Wam. 29, 50).

Die abweichende Ansicht von Schepes S. 240 wird dem Bedürfnis des Schuldners nach Rechtsschutz nicht gerecht.

18) Rosenberg § 69 I, S. 320

19) vgl. z.B. für die Ladung oben § 6 II 1 b

19a) z.B. § 900 III 1 ZPO bei der Zustellung der Ladung an den Schuldner selbst.

Allerdings sind Fälle denkbar, in denen das Gericht gegenüber dem nicht Schwurpflichtigen von mehreren gesetzlichen Vertretern eine Zustellung vornehmen und dadurch über § 171 ZPO eine Prozesshandlung gegenüber dem Schuldner wirksam werden lässt, die den Schwurpflichtigen selbst nicht allein angeht (20). Hier müssen dann auch mit der Anwendung des § 171 ZPO die für die Heilung von Verstössen dagegen geltenden Grundsätze (21) zum Zuge kommen.

ß) Wenn somit für den Regelfall auch § 171 ZPO nicht heranzuziehen ist, so bleibt es doch für alle gegenüber dem Schuldner vorzunehmenden Prozesshandlungen bei dem Erfordernis der Prozessfähigkeit bzw. gesetzlichen Vertretung. Deswegen (nicht wegen § 171 ZPO) kann eine entgegen diesem Erfordernis vorgenommene Zustellung an den prozessunfähigen Schuldner oder den falschen gesetzlichen Vertreter den von ihr verfolgten Zweck, eine Prozesshandlung wirksam zu machen, nicht erfüllen, denn diese wäre auch bei unmittelbarer Vorahme wegen des bestehenden Mangels gegenüber dem Betroffenen unzulässig und unwirksam.

Was bedeutet das aber nun im einzelnen, d. h. welche Folgen hat es für die einzelnen Prozesshandlungen des Gerichts?

Bei Unwirksamkeit der Ladung kann diese nicht die vom Gesetz an sie geknüpften Folgen haben, insbesondere kann also der nicht erschienene Schwurpflichtige nicht als säumig behandelt und deshalb ein Haftbefehl gegen ihn nicht erlassen werden. Unbeachtlich werden kann dieser Mangel lediglich durch Genehmigung des richtigen gesetzlichen Vertreters, das heisst also des Schwurpflichtigen selbst, die auch formlos möglich ist (22).

20) z. B. kann die Zustellung eines Haftanordnungsbeschlusses (über deren Notwendigkeit vgl. unten § 13 II 2a) oder eines sonstigen Beschlusses für den Schuldner wirksam gemäss § 171 Abs. III ZPO an einen nicht zum OE herangezogenen gesetzlichen Vertreter erfolgen und damit für den Schuldner die Beschwerdefrist in Lauf setzen; bei einem Verstoss gegen § 171 III, I ist das nicht der Fall. Das hat besondere Bedeutung für die, wie unten §§ 14, 15 näher begründet, teilweise anzunehmende Doppelgleisigkeit von Rechtsbehelfen: Nach Ablauf der insoweit für den Schuldner getrennt laufenden Frist kann dann nur noch der als Schwurpflichtiger herangezogene gesetzliche Vertreter Beschwerde einlegen, sofern für ihn noch eine Frist läuft, allerdings dann mit Wirkung für den Schuldner.

21) vgl. dazu Wieczorek C zu § 171

BGHZ 17, 351 ff (353)

22) Schluss aus §§ 551 Ziff. 5, 579 Ziff. 4 ZPO und hM: vgl. statt aller Rosenberg § 43 III 2 S. 188.

Die Heranziehung von § 295 ZPO ist wegen der Unverzichtbarkeit der §§ 51, 52 ZPO nicht möglich (§ 295 Abs. II). Die Rüge des Ladungsmangels durch den erschiedenen Schwurpflichtigen wird jedoch nur unter besonderen Umständen (z. B. nach § 217 ZPO verspätete Kenntnis) zur Vertagung führen können.

Für alle Beschlüsse des Vollstreckungsgerichts gelten die für die Fehlerhaftigkeit von Entscheidungen bestehenden Besonderheiten. Zwar kann die Zustellung an den prozessunfähigen Schuldner oder den falschen gesetzlichen Vertreter selbst die Anfechtungsfrist zunächst nicht in Lauf setzen (23), die Entscheidung gilt aber sowohl vor als auch nach dem schliesslichen Eintritt der Unanfechtbarkeit nicht als unwirksam, sondern zeitigt alle Wirkungen einer fehlerfreien Entscheidung (24). Das bedeutet aber nicht, dass aufgrund der Besonderheiten des OE-Verfahrens, welches auch nach der Unbeachtlichkeit des z.B. der HaftAO gegen den prozessunfähigen Schuldner selbst anhaftenden Mangels fortgesetzt wird, für diese Fortsetzung des Verfahrens nicht doch diese Prozessunfähigkeit Beachtung finden würde. Sie ist nämlich bei allen weiteren aufgrund der HaftAO gegenüber dem Schuldner vorzunehmenden Prozesshandlungen von Amts wegen zu beachten und macht diese unzulässig, obwohl die HaftAO nicht mehr beseitigt werden kann.

Eine solche aufgrund der HaftAO durchgeführte Prozesshandlung (des Gerichtsvollziehers) gegenüber dem Schuldner stellt die Verhaftung dar. Diese ist also bei Prozessunfähigkeit des Schuldners unzulässig. Wie bei anderen Prozesshandlungen auch von Unwirksamkeit zu sprechen, erscheint im Hinblick auf die Tatsache einer unzulässigerweise erfolgten Verhaftung des prozessunfähigen Schuldners schwer denkbar, rechtlich ist sie jedoch möglich. Im Rahmen des § 915 Abs. I S. 2 ZPO muss nämlich die Eintragung der sechsmonatigen Dauer dieser Haft des Schuldners in der schwarzen Liste schon deshalb unterbleiben, weil die Haft wegen dessen Prozessunfähigkeit unzulässig und rechtlich unwirksam war. Sinn und Zweck dieser Eintragung kann es nämlich nur sein, die Öffentlichkeit vor solchen Schuldner zu warnen, die zulässigerweise verhaftet waren, nicht aber vor solchen, denen der OE wegen Prozessunfähigkeit gar nicht gemäss § 902 I ZPO hätte abgenommen werden dürfen.

Diese Eintragung im Schuldnerverzeichnis erfordert ihrerseits allerdings nun nicht mehr die Prozessfähigkeit des Einzutragenden. Abgesehen davon, dass vielfach die Zugehörigkeit des Eintragungsaktes zu einem gerichtlichen Verfahren angezweifelt wird (25), womit auch das Erfordernis der Prozessfähigkeit fraglich erscheint, wäre das auch mit dem Zweck des Schuldnerverzeichnisses nicht vereinbar. Dieses soll nämlich die Allgemeinheit vor Schuldnern warnen, die ihre mangelnde Zahlungswilligkeit oder -fähigkeit dadurch zu erkennen gegeben haben, dass sie es zum OE-Verfahren haben kommen lassen (26). Wollte man nun die

23) wegen der analogen Anwendung von § 516 ZPO vgl. unten § 13 II 2 a.

24) insbes. z.B. Eintragung der HaftAO in die schwarze Liste (§ 915 I 1)

25) zum Problem vgl. insbes. LG Dortmund NJW 59, 2269 mit eingehenden Nachweisen

sowie ausser den dort Zitierten Huyke 4 zu § 915 S. 155 (Akt der freiw. Gerichtsbarkeit) - Falkmann-H 3 zu § 915 (m.N. !)

26) vgl. Pohle MDR 52, 516

Eintragung bei nachträglicher Prozessunfähigkeit des Schuldners trotz vorher ordnungsgemäss abgewickelten Verfahrens für unzulässig ansehen, dann wäre der Zweck der schwarzen Liste nicht erreicht. Demnach kommt es für die Eintragung lediglich darauf an, ob die Prozessfähigkeit des Schuldners zur Zeit der einzutragenden Tatsachen gegeben war, nicht dagegen auf den Zeitpunkt der Eintragung selbst. Eine Einschränkung ist hier allerdings insoweit noch zu machen, als die HaftAO auch dann einzutragen ist, wenn sie gegenüber einem prozessunfähigen Schuldner ergangen ist, weil sie eine gerichtliche Entscheidung darstellt, deren Richtigkeit der Schuldner durch Rechtsbehelfe überprüfen kann. Die Eintragung einer unwirksamen Eidesleistung oder sechsmonatigen Haft ist ihrerseits zwar unzulässig, aber nicht unwirksam, vielmehr muss der Mangel mit den zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden (27).

2.) Fraglich erscheint noch, ob sich aus der Prozessunfähigkeit des Schuldners bzw. der mangelnden Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters noch weitere Folgen ergeben können, die über die Unwirksamkeit von Prozesshandlungen hinausgehen. Sind mit anderen Worten im OE-Verfahren die §§ 239 ff ZPO anwendbar, so dass beispielsweise bei mangelnder gesetzlicher Vertretung eines prozessunfähigen Schuldners oder bei Konkurseröffnung gemäss §§ 240 bzw. 241 ZPO die Unterbrechung des Verfahrens eintritt? Von der hM (28) wird diese Frage meist mit der Begründung verneint, dass die §§ 239 ff ZPO auf das Erkenntnisverfahren zugeschnitten und daher unanwendbar seien. Im Hinblick auf die hier behandelte Prozessunfähigkeit der Schuldnerseite kommt hier noch ein weiterer Umstand hinzu, der eine Anwendbarkeit der §§ 239 ff ausschliesst und in seinem Kern auch von der Begründung der hM mit erfasst wird: Die Regelung der §§ 239 ff ZPO ist im Zusammenhang mit der Eigenschaft der Prozessfähigkeit als Prozessvoraussetzung zu sehen. Stellt sie nämlich eine Voraussetzung für die Zulässigkeit des gesamten auf ein Sachurteil hinführenden Prozesses dar und ist nicht lediglich, wie in der ZwV und damit beim OE, zur Vornahme von Prozesshandlungen erforderlich, dann muss ihr Wegfall zwingend die Unterbrechung des nunmehr unzulässigen Prozesses zur Folge haben. Diese von §§ 240, 241 ausgesprochene Folge braucht aber in der ZwV nicht einzutreten, eben weil die Prozessfähigkeit hier nur Prozesshandlungsvoraussetzung ist.

Wie eine Betrachtung der oben behandelten Konsequenzen des Mangels der Prozessfähigkeit bzw. der ordnungsgemässen gesetzlichen Vertretung für die einzelnen Prozesshandlungen ergibt, reichen sie zum Schutze des Schuldners in dem in

27) §§ 766, 793 ZPO; vgl. unten § 13 III 1 d

28) vgl. Huyke S. 55, 71/72

Forster-K 6 vor § 704

Schönke-Pohle Vorb III vor § 239 u. Vorb VI 1 b vor § 704

Wieczorek B II g zu § 239

auch Fraeb ZZP 54, 257 ff (276)

der ZwV noch erforderlichen Rahmen (29) auch völlig aus. Hinzu kommt noch, dass der Mangel der Prozessfähigkeit oder ordnungsmässigen gesetzlichen Vertretung des Schuldners gemäss § 56 ZPO vom Vollstreckungsgericht bei den von oder gegenüber dem Schuldner vorzunehmenden Prozesshandlungen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachten (30) ist, was dann zu der geschilderten Berücksichtigung der Unwirksamkeit von Prozesshandlungen führen muss.

Auch für eine Anwendung des § 249 ZPO, für die im Hinblick auf den Lauf von Beschwerdefristen ein gewisses Bedürfnis bestehen könnte, ist kein Raum, denn diese Bestimmung fusst auf der Tatsache der Unterbrechung, die hier nicht gegeben ist (31). In den meisten Fällen werden die Fristen aber wegen des Mangels überhaupt nicht in Lauf gesetzt werden, so dass ein dringendes Bedürfnis nur bei Wegfall von Prozessfähigkeit oder gesetzlicher Vertretung nach Beginn des Fristablaufs besteht. Hier ist der Schuldner allerdings lediglich durch die oben geschilderte Unzulässigkeit weiterer Prozesshandlungen geschützt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass im OE-Verfahren lediglich infolge des § 56 ZPO eine Art tatsächliche Wirkung (32) des Mangels von Prozessfähigkeit oder gesetzlicher Vertretung eintritt, die aber in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle dem Schuldner genügenden Schutz bietet.

29) vgl. oben § 4 I 1

30) vgl. Huyke S. 33 und § 7 I 1 (N. 5)

Die Streitfrage, ob ein Haftbefehl bei Feststellung der Prozessunfähigkeit von Amts wegen aufzuheben ist (vgl. LG Köln JMBL NRW 56, 175 einerseits; LG Essen MDR 56, 236 andererseits m. abl. Anm. v. Flies und LG Kiel MDR 57, 237 teilw. abweichend) ist dahin zu beantworten, dass ein unanfechtbarer Haftbefehl zwar nicht mehr aufgehoben werden kann, aber die bei der Verhaftung bestehende Prozessunfähigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

31) Das Gleiche gilt auch für die von Fraeb (ZJP 54, 309) befürwortete analoge Anwendung (Abs. 3!) bei der Einstellung der ZwV, denn ein förmlicher Einstellungsbeschluss ergeht gerade nicht.

32) so Hein Hdb. S. 564

2. Kapitel: Rechtsbehelfe

Nachdem Art und Umfang der im OE-Verfahren möglichen Verletzung subjektiver Rechte des Schuldners und in Sonderfällen auch seines gesetzlichen Vertreters geklärt wurden, erhebt sich nun zwangsläufig die Frage, inwieweit die Verletzten diese Beeinträchtigungen durch Rechtsbehelfe irgendwelcher Art rügen können. Denn in einem rechtsstaatlichen System, wie es durch das Grundgesetz geschaffen wurde, muss dem einzelnen, in eigenen Rechten Verletzten nach Möglichkeit ein Weg zur Beseitigung der Beeinträchtigung eröffnet werden.

§ 13. DIE EINZELNEN RECHTSBEHELFE IM OE-VERFAHREN

Zwar besteht für die Rechtsbehelfe im OE-Verfahren in § 900 Abs. V ZPO eine Spezialvorschrift, die durch die vom Gesetzgeber zunächst bedachte Anfechtung der Widerspruchsentscheidung in § 793 ZPO ihre Ergänzung findet. Jedoch bestehen daneben weitere Anfechtungsmöglichkeiten, die im Anschluss an diese beiden zu betrachten sind.

I. Der Widerspruch.

Da das Widerspruchsverfahren in § 900 Abs. V ZPO auch heute noch sehr wenig erschöpfend geregelt ist, sind im einzelnen viele Fragen streitig und müssen daher geklärt werden, soweit es für diese Untersuchung erforderlich erscheint.

1. Gesetzliche Ausgestaltung.

a) Unter Widerspruch wird hier mit der hM lediglich das mündlich im Termin erfolgende Bestreiten der Eidespflicht durch den Schuldner bzw. seinen gesetzlichen Vertreter verstanden.

Dass es sich beim Widerspruch um einen Rechtsbehelf des Schuldners handelt, wurde zwar im Hinblick auf den Wortlaut früher angezweifelt, ist aber heute völlig unstrittig (1), und das mit Recht; denn es würde das Verfahren unnötig komplizieren, wollte man zunächst noch abwarten, ob der Gläubiger dem Bestreiten des Schuldners widerspricht. Ausserdem bedient sich die ZPO, wie § 777 ZPO zeigt, auch an anderer Stelle für Einwendungen des Schuldners der Bezeichnung Widerspruch. Bestreiten der Eidespflicht durch den Schuldner ist erforderlich, das heisst der Schwurpflichtige muss unter Angabe von Gründen behaupten, dass eine Verpflichtung zur Ableistung des OE nicht besteht. Das ergibt sich aus dem Gegensatz des § 900 Abs. V ZPO zu § 901 ZPO, der bei grundloser Verweigerung des OE die

1) vgl. sämtliche einschlägigen Kommentare und Lehrbücher

Möglichkeit einer HaftAO bietet (2). Und schliesslich ist der Widerspruch mündlich im Termin vorzubringen, um als solcher behandelt werden zu können. Das ist zwar sehr streitig (3), die hM (4) nimmt das aber zu Recht deshalb an, weil sich die Möglichkeit eines schriftlichen "Widerspruches" nicht mit der Pflicht des Schuldners bzw. Vertreters zum persönlichen Erscheinen im Termin vertragen würde. Wollte man im übrigen einen schriftlichen Widerspruch als solchen für beachtlich halten, dann müsste das Vollstreckungsgericht darüber durch Beschluss entscheiden und der Schuldner könnte sich im Falle unanfechtbarer Abweisung gerade beim Erscheinen im Termin nicht mehr auf dieses Vorbringen berufen (5). Nach Ablauf des Termins kann der Widerspruch ebenfalls nicht mehr erhoben werden, weil das Verfahren mit der HaftAO abschliesst (6).

2) vgl. Huyke 24 zu § 900 S. 106/107

Falkmann-H 7 zu § 900 a.E.

Schwalm S. 35

Wieczorek C II a zu § 900

Förster-Kann 7 bb α/β zu § 900

die sämtlich den grundlös bestreitenden Schuldner behandeln, als wenn blosses Eidesverweigerung vorläge.

3) dagegen z.B. Fraeb Jud. II 168

Hein Hdb. S. 577

Krech, Gruchot 26, 260

Seuffert-W. 3 e zu § 900

Herz ZZP 38, 349 ff und neuerdings

Göppinger AcP 158, 336 ff

und weitere Nachw. bei Huyke N. 43 zu § 900 S. 106

4) Huyke 23 zu § 900 S. 106

Schönke-Pohle IV 3 zu § 900

Baumbach 5 B zu § 900

Wieczorek C II b 2 zu § 900

Schwalm S. 35

u.a. vgl. Nachw. b. Huyke a.a.O. N. 43

5) so Schwalm S. 35/36

Wegen der Möglichkeit, im Wege schriftl. Gegenvorstellung von Amts wegen zu beachtende Mängel zu rügen vgl. unten III 2.

6) Falkmann-H 8 zu § 900

Bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ist selbstverständlich Beschwerde gegen die Widerspruchsentscheidung möglich. Wegen der Geltendmachung später auftretender Mängel und der Frage der Präklusion vgl. unten § 15 I 2

vgl. auch Schönke-Pohle III zu § 901

RG War. 1910, 78

b) Damit der Widerspruch als solcher betrachtet werden kann, ist es nach obigen Feststellungen ausreichend, die Eidespflicht unter Angabe von Gründen zu bestreiten. Um den Widerspruch als begründet ansehen zu können, kommen alle die Durchführung des OE-Verfahrens betreffenden Einwendungen in Frage mit Ausnahme solcher, die den materiellen Anspruch oder die Rechtmässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen (7). Dabei ist auch unerheblich, ob diese Widerspruchsgründe sich als von Amts wegen zu berücksichtigende Tatsachen oder als nur auf Rüge zu beachtendes Vorbringen darstellen (8).

Somit ergibt es sich, dass alle bisher behandelten Verfahrensfehler, sofern sie nur überhaupt bis zum Widerspruchstermin schon eintreten können, als taugliche Widerspruchsgründe angesehen werden müssen.

2. Rechtsnatur.

Wie ein Blick auf die Widerspruchsgründe im einzelnen beweist, handelt es sich dabei durchweg um "die Art und Weise der Zwangsvollstreckung" betreffende Vorschriften. Schon das legt die Vermutung nahe, dass es sich beim Widerspruch um eine für das OE-Verfahren eingeführte Abart der Erinnerung nach § 766 ZPO handelt (9). Dass der Rechtsbehelf "Widerspruch" heisst, braucht nicht weiter zu stören; denn erstens wird auch in § 777 ZPO eine Erinnerung so bezeichnet und zweitens bestehen eben doch gegenüber § 766 ZPO Besonderheiten, die im einzelnen noch betrachtet werden sollen. Auch darüber hinaus sind noch Gründe gegeben, welche diese Annahme bestärken: In beiden Fällen richtet sich das Begehren an die entscheidende Stelle, welche darüber durch anfechtbaren Beschluss zu befinden hat. Um die Frist für die sowohl bei § 900 Abs. V ZPO als auch bei § 766 ZPO eingeräumte sofortige Beschwerde des § 793 (10) in Lauf zu setzen, bedarf

7) vgl. Wieczorek C II b zu § 900: "alle fehlenden Prozessbedingungen" und D III c 1 zu § 900

Huyke 25 zu § 900 S. 107 f

Falkmann-H 7 zu § 900 m. N.

Rosenberg § 197 II 4 b S. 1041/1042

Baumbach 4 C zu § 900

Schönke-Pohle II 1-3 zu § 900

und hM

8) vgl. die in N. 7 Zitierten; a.A. Lubowski S. 23

9) Das wird teils ausdrücklich teils implizite bejaht von
Krech S. 248 und 273

Friedländer S. 578

Goldschmidt S. 386

Falkmann-H 10 a zu § 766;

neuerdings Göppinger Ac P 158 339/340

10) wegen der Beschwerde gegen die Widerspruchsentscheidung vgl. unten II 1 a für § 766 vgl. statt aller Schönke-Pohle III 6 zu § 766

es im Falle der Erinnerung des § 766 ZPO wie des Widerspruchs ohne Rücksicht auf eine etwaige Verkündung (§ 329 Abs. I ZPO) der Zustellung (§ 577 Abs. II S. 1 ZPO). Diese Zustellung kann zwar in beiden Fällen auf Betreiben der Parteien erfolgen, wenn der Beschluss verkündet ist (§§ 329 Abs. I, 317 Abs. I, 496 ZPO), jedoch wird das bei der Erinnerung des § 766 ZPO seltener vorkommen, weil über sie im Gegensatz zum Widerspruch meist ohne mündliche Verhandlung entschieden wird (11).

Hieran zeigt sich auch einer der zwischen Erinnerung und Widerspruch bestehenden Unterschiede: Für § 766 ZPO ist die mündliche Verhandlung gemäss der allgemeinen Regel des § 764 Abs. III ZPO fakultativ vorgesehen, während sie für den Widerspruch wenigstens einseitig zwingend vorgeschrieben ist (12). Das wurde schon daran offenbar, dass der Widerspruch nicht schriftlich vorgebracht werden kann, was für die Erinnerung des § 766 ZPO der Regelfall ist.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass der Widerspruch des § 900 Abs. V ZPO grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat, die nur für einen zweiten Widerspruch unter besonderen Voraussetzungen und ausdrücklich ausgeschlossen werden kann. Im Gegensatz dazu bestimmt § 766 Abs. I S. 2 ZPO durch Verweisung auf § 732 Abs. II ZPO, dass die Einstellung der ZwV im Bedarfsfalle durch einstweilige Anordnung ausgesprochen werden kann.

Das Auseinandergehen nur in den genannten Punkten lässt aber erkennen, dass eine wesensmässige Verschiedenheit zwischen Widerspruch und Erinnerung nicht bestehen kann. In beiden Fällen wird nämlich eine für § 766 ZPO nur fakultativ gegebene Verfahrensgestaltung, die demnach dort vom Vollstreckungsgericht nach seinem Ermessen vorgenommen werden kann, als im Widerspruchsverfahren

11) Ob bei § 900 Abs. V ZPO jedenfalls ein Verkündungstermin anzusetzen (§ 310 ZPO) oder bei Entscheidung ausserhalb der Verhandlung von Amts wegen zuzustellen ist, ist str. (für Verkündung Huyke 27 zu § 900 S. 111, für Zustellung Wieczorek D III e zu § 900) vgl. dazu unten II 2 a.

12) Als obligatorische mündl. Verhandlung bezeichnet von Huyke S. 54 und 21 zu § 900 S. 105

Fraeb Rechtsg. II 464

a.A. Förster-K 6 b zu § 900 mit weiteren Nachweisen, der allerdings das Problem verschiebt, wenn er auf die Berücksichtigung schriftlicher Einwände des Schuldners abstellt, da von Amts wegen zu berücksichtigende Tatsachen auch auf Gegenvorstellung zu beachten sind. Vgl. unten III 2; neuerdings auch Göppinger AcP 158, 336 ff

Schwalm S. 25 bezeichnet das Verfahren mit Recht als zwischen dem mit fakultativer und dem mit obligatorischer mündlicher Verhandlung stehend. Diese Zwischenstellung verkennt auch Göppinger a.a.O., weswegen seine Argumentation, deren Zweckmässigkeit er übrigens selbst bezweifelt (S. 343 f), nicht überzeugen kann.

notwendig normiert. Der Grund dafür ist darin zu suchen, dass der Gesetzgeber eben beim Widerspruch grundsätzlich eine Situation für gegeben angesehen hat, welche das Vollstreckungsgericht ebenfalls hätte veranlassen müssen, von seinem Ermessen im Sinne der möglichen Ausnahme Gebrauch zu machen: Das OE-Verfahren erfordert eben einerseits mündliche Verhandlung wenigstens für den Schuldner und andererseits dessen Schutz vor ungerechtfertigter Personalvollstreckung.

Festzuhalten ist somit, dass es sich beim Widerspruch um eine Sonderform der Erinnerung nach § 766 ZPO handelt, und dass daher die zu § 766 ZPO entwickelten Grundsätze immer dann herangezogen werden können und müssen, wenn sich aus dem Gesetz oder dem besonderen Charakter des OE-Verfahrens nichts Gegenteiliges ergibt.

II. Die Beschwerde.

1. Beschwerdegegenstand.

Der sofortigen Beschwerde des § 793 ZPO unterliegen alle im ZwVerfahren ohne mündliche Verhandlung möglichen Entscheidungen. Von diesem durch den Wortlaut des Gesetzes bestimmten Ausgangspunkt ist im Folgenden, wie es auch die hM tut (13), auszugehen. Damit fällt zunächst jeder durch richterliche Subsumtionstätigkeit entstandene Ausspruch der im Einzelfalle eingetretenen oder anzuordnenden Rechtsfolge (14) unter § 793 ZPO und es ist in den Einzelfällen des OE-Verfahrens festzustellen, ob die Anwendbarkeit von § 793 ZPO hier u.U. aus besonderen Gründen erweitert oder beschränkt werden muss.

a) Eine Entscheidung im obigen Sinne, die auch innerhalb der ZwV ergeht, stellt sicherlich der über den Widerspruch des Schuldners befindende Beschluss des Vollstreckungsgerichts dar. Daraus allein kann aber die Anwendbarkeit des § 793 ZPO noch nicht bejaht werden, denn infolge der oben festgestellten wenigstens einseitigen Mündlichkeit der Verhandlung besteht die Möglichkeit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nicht (15). Trotzdem ist die sofortige Beschwerde deshalb gegeben, weil der Gesetzgeber, wie der Hinweis auf die Rechtskraft der Widerspruchsentscheidung in § 900 Abs. V S. 2 ZPO zeigt, von einer befristeten

13) vgl. Schönke-Pohle I zu § 793

Baumbach 1 B zu § 793

Förster-Kann 1 zu § 793

Falkmann-H 4 zu § 766

14) Rosenberg § 54 I S. 237

Schultz S. 81

15) Das übersieht die hM, die allerdings zum Teil nur fakultative Mündlichkeit annimmt. Hierauf weist Huyke 21 zu § 900 S. 105 m.N. mit Recht hin.

Anfechtbarkeit des Beschlusses ausgegangen ist, und damit ein gesetzlich besonders hervorgehobener Fall i. S. des § 567 Abs. I ZPO vorliegt (16). Im Ergebnis, nicht in der Begründung, ist daher der hM zuzustimmen, dass die Widerspruchsentscheidung im Wege der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann.

b) Restlos umstritten ist die Frage, ob gegen die HaftAO bzw. den Haftbefehl § 793 ZPO oder die Erinnerung in Betracht kommt (17). Ohne den um das Ob und Wie einer Abgrenzung von Erinnerung im einzelnen bestehenden Meinungsstreit in diesem Rahmen erschöpfend behandeln zu wollen, ist dazu doch folgendes festzustellen:

Unrichtig ist es zunächst, wenn die hM schon für die Auslegung des Begriffes "Entscheidung" in § 793 ZPO auf das rechtliche Gehör abstellt und eine solche immer dann für gegeben erachtet, wenn obligatorisch oder fakultativ beiderseitiges rechtliches Gehör gewährt war (18). Diese Auslegung lässt es nämlich völlig ausser Acht, dass es sich bei dem Begriff der Entscheidung um eine nicht nur im Rahmen des § 793 ZPO auftretende Erscheinung, sondern um einen Grundbegriff unseres Prozessrechtes handelt. Als Entscheidung muss man nämlich allgemein jeden als Ergebnis richterlicher Denktätigkeit gewonnenen Ausspruch der in einem einzelnen Fall eingetretenen Rechtsfolge bezeichnen (19). Ob diese in der Tatsachenfeststellung und der Anwendung des objektiven Rechts auf den Lebenssachverhalt bestehende Denktätigkeit obligatorisch, fakultativ oder unzulässigerweise von der Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten beeinflusst worden ist, kann keine Rolle spielen, denn dadurch wird höchstens das Ergebnis der Entscheidung, nicht aber ihr Wesen geändert (20). Legt man daher den allgemeinen Entscheidungsbe-

16) Ebenso Huyke 22 zu § 900 S. 105/106, der allerdings den auch für die sofortige Beschwerde geltenden § 567 Abs. I ZPO (vgl. Schönke-Pohle I zu § 577) nicht unmittelbar heranzieht.

17) vgl. die Zusammenstellungen bei Falkmann-H 3 zu § 901
Förster-Kann 8 zu § 900
Wieczorek B III zu § 900
Schönke-Pohle III 1 N. 3 zu § 900

und neuerdings dazu Pieper S. 121
Pohle MDR 52, 513 ff

18) vgl. z. B. Schönke-Pohle I, 2 zu § 766 und I zu § 793
Baumbach 3 B zu § 766
Rosenberg § 183 II 2 b/c S. 960/961
Falkmann-H 4 zu § 766 mit w. Nachw.
und andere mehr

19) vgl. N. 14

20) Weitgehend im Anschluss an Pieper S. 127/128, dem auch Schönke-Baur (§ 41 II N. 2 S. 155) zu folgen scheint.

griff gezwungenermassen auch der Auslegung des § 793 ZPO zugrunde, so fragt es sich, ob dann überhaupt noch eine Überschneidung mit § 766 ZPO möglich ist. Das kommt nur dann in Betracht, wenn es Entscheidungen gibt, auf die auch § 766 ZPO nach seinem Sinn und Zweck anwendbar sein kann. Wenn auch § 766 ZPO seinem Wortlaut nach nur für Vollstreckungsmassnahmen des Gerichtsvollziehers in Frage zu kommen scheint, so gibt es doch auch vom Vollstreckungsgericht selbst erlassene Vollstreckungsakte, wie insbesondere z.B. den Pfändungsbeschluss. Es wäre nun aber ungerechtfertigt, diese Zwangsakte nur deshalb einer Nachprüfung in erster Instanz zu entziehen, weil sie aufgrund einer wie beim Gerichtsvollzieher auf die Formalien beschränkten Prüfung vom Vollstreckungsgericht erlassen werden. Da sich aus § 766 ZPO selbst eine solche Auslegung nicht zwingend ergibt, ist man daher heute mit Recht ganz allgemein der Auffassung, dass Erinnerung auch gegen Vollstreckungsakte des Vollstreckungsgerichts gegeben sein muss (21).

Nach all dem ist also eine Überschneidung zwischen §§ 766, 793 ZPO nur bei solchen Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts möglich, die zugleich Vollstreckungsmassnahmen sind (22). Entgegen einer früher vertretenen Auffassung (23) ist aber in diesen Fällen eine freie Konkurrenz zwischen Erinnerung und sofortiger Beschwerde deshalb abzulehnen, weil das Vollstreckungsgericht gemäss § 577 Abs. III ZPO nicht zur Abänderung seiner der sofortigen Beschwerde unterliegenden Entscheidung befugt ist - auch nicht aufgrund einer Erinnerung. Als Kriterium für die danach notwendige Abgrenzung stellt sich, trotz des von der hM abweichenden Ausgangspunktes, das rechtliche Gehör dar. Wenn es sich nämlich bei § 766 ZPO um eine Spezialregelung für Vollstreckungsmassnahmen handelt (24), so ist doch seine Anwendung auf Vollstreckungsakte des Gerichtes, wie bereits festgestellt, in erster Linie deshalb gerechtfertigt, weil dem Schuldner eine Berücksichtigung seiner möglichen Einwendungen in erster Instanz immer offenstehen soll. Das ist aber bei dem Haupt- und Ausgangsfall für die ausdehnende Anwendung des § 766 ZPO, der Forderungspfändung, wegen § 834 ZPO ausgeschlossen (25). Gerade dieser Grund der fehlenden Berücksichtigung des schuldnerischen Standpunkts in erster

21) vgl. dazu Schönke-Pohle I 2 zu § 766

Baumbach 2 B zu § 766 und die hM

A. A. z.B. Hellwig Syst II S. 270

22) Solche Fälle sind z.B. bei §§ 825, 844 ZPO möglich, vgl. Pieper S. 139, aber im einzelnen str.

23) Schultz S. 462, 463 ff

dagegen schon Hein, Id. I S. 214 N. 12

und neuerdings Pohle MDR 52, 514

24) So schon Schultz S. 462 und Hein Id. I S. 214 N. 12

25) vgl. insbesondere RGZ 16, 317 ff, dem letztlich alle folgen, sowie auch OLG Hamburg Rsp 33, 128

Instanz kommt aber dann in Wegfall, wenn dem Schuldner zulässigerweise vor dem Ergehen eines solchen Vollstreckungsaktes durch das Gericht rechtliches Gehör gewährt wurde. Für die extensive Anwendung des § 766 ZPO auf Massnahmen des Vollstreckungsgerichtes besteht daher im Falle rechtlichen Gehörs kein Anlass, so dass dann die sofortige Beschwerde Platz greifen kann.

Wendet man obige Überlegungen auf HaftAO und Haftbefehl an, so ergibt sich folgendes: Obwohl in §§ 900, 901/908/909 ZPO einmal von HaftAO, das andere Mal vom Haftbefehl die Rede ist, ergeht doch trotz dieser unterschiedlichen Bezeichnung nur ein Beschluss. Ähnlich wie in den §§ 847, 847a, 848 ZPO, wo der "Pfändung" der Erlass einer bestimmten Anordnung durch Beschluss gegenübergestellt ist, wollte der Gesetzgeber nämlich auch hier keine qualitative Unterscheidung treffen. Vielmehr erfolgt die Anordnung der Haft durch den Erlass des Haftbefehls, ebenso wie in den genannten Fällen nur ein Pfändungsbeschluss ergeht, welcher den im einzelnen in §§ 847 f ZPO verlangten Inhalt hat (26). Dieser Beschluss des Vollstreckungsgerichtes stellt sowohl im Falle der Eidesweigerung als auch des Nichterscheinens eine Entscheidung in dem auch für § 793 ZPO als massgeblich befundenen Sinne dar, denn er enthält jeweils zugleich auch die Feststellung, dass Widerspruchsgründe des Schuldners nicht vorliegen (27). Obwohl dieser Beschluss auch ohne mündliche Verhandlung ergehen kann, kommt es auf das rechtliche Gehör als Abgrenzungsmassstab nicht mehr an, weil die Entscheidung nicht zugleich Vollstreckungsmassnahme ist. Der Beschluss bereitet nämlich lediglich die weitere Personalexekution vor, hat aber selbst noch keinerlei Zwangscharakter, so dass § 766 ZPO schon aus diesem Grunde nicht anwendbar und somit die sofortige Beschwerde des § 793 ZPO gegeben ist (28).

26) Anschliessend an Huyke 1 zu § 901 S. 143/144 mit Nachweis abweichender Ansichten.

Ähnlich Förster-Kann 8 zu § 900 m.N.

Falkmann-H 2 zu § 901 m.N.

die allerdings im Haftbefehl nur die Ausfertigung der HaftAO sehen. - Die sich aus einer Unterscheidung von HaftAO und Haftbefehl (dafür anscheinend Rosenberg § 197 II 4 c S. 1042, dagegen mit Recht Huyke a.a.O. und Schönke-Pohle I zu § 908) ergebenden Zweifelsfragen (vgl. dazu Pohle MDR 52, 515) können angesichts der heute allgemeinen gegenteiligen Praxis (vgl. Schrader Hdb. a.P. S. 226/227) auf sich beruhen.

27) Vgl. insbes. Huyke 8 zu § 901 S. 119 sowie die hM mit Schönke-Pohle II zu § 900, IV 2 zu 901; Baumbach 3 B zu § 901) u.a. allerdings ohne Begründung. Gegen die von Fraeb (Rechtsgang II 232; ZJP 50, 223, ZJP 55, 322 und Jud. II, 159) befürwortete Unterscheidung zweier Arten von Haftbefehlen mit überzeugenden Gründen Huyke (1 zu § 901 S. 116; ZJP 56, 376 f) und die hM.

28) Für die hM, die wegen rechtl. Gehörs sofortige Beschwerde annimmt, vgl.

Schönke-Pohle III 1 zu § 901

2. Beschwerdeverfahren.

a) Da es sich in den beiden hier genannten Fällen um eine sofortige Beschwerde handelt, interessiert besonders der Zeitpunkt, von dem an die Zweiwochenfrist des § 577 Abs. II S. 1 ZPO zu laufen beginnt, bzw. wann die Beschlüsse des Vollstreckungsgerichts unanfechtbar werden. Für die Widerspruchsentscheidung ergibt sich die Notwendigkeit der Zustellung ohne Schwierigkeiten aus § 577 Abs. II S. 1 ZPO. Sie erfolgt im Regelfall auf Betreiben der Parteien, da der Beschluss wegen der für den Schuldner obligatorisch mündlichen Verhandlung grundsätzlich zu verkünden ist (§§ 329 Abs. I, II, 317 Abs. I, 496 ZPO), was allerdings auch in einem Verkündungstermin erfolgen kann (§§ 329 Abs. II, 310 Abs. I ZPO) (29). Diese Zustellung setzt die Zweiwochenfrist für die sofortige Beschwerde in Lauf, so dass der Beschluss mit deren Ablauf unanfechtbar wird. Wesentlich problematischer ist die Frage nach dem Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit für die HaftAO, da hier die Sonderbestimmung des § 909 ZPO besteht, welche eine Zustellung überflüssig oder gar unzulässig machen könnte. Es ist davon auszugehen, dass die Zustellung nicht nur erforderlich ist, um die Beschwerdefrist in Lauf zu setzen (§§ 577, Abs. II S. 1, 329 Abs. III S. 1 ZPO), sondern auch deshalb, weil der Haftbefehl eine Entscheidung im Sinne des § 794 Ziffer 3 ZPO darstellt, welche dem Schuldner gemäss §§ 795, 750 ZPO spätestens zu Beginn der Vollstreckung zuzustellen ist (30). Je nach dem, ob der Haftbeschluss im Widerspruchstermin ergeht, und daher zu verkünden ist (§ 329 I), oder aufgrund eines späteren Antrages, erfolgt diese Zustellung auf Betreiben der Parteien oder von Amts wegen (31). An der Not-

Fortsetzung der Fussnote 28 von Seite 93

Wieczorek B III zu § 901

Falkmann-H 3 zu § 901

Huyke 11 zu § 901 S. 120

Pohle MDR 52, 513 (zweifeln S. 517)

Für Erinnerung Diemayr S. 44

Für einfache Beschwerde Hossfeld S. 134

Wie im Text Pieper S. 140

Für Einwendungen gegen die Vollziehung der HaftAO gilt § 766 ZPO, s. u. III 1a, b
29) So mit Recht Huyke 27 zu § 900 S. 111 im Anschluss an Schwalm S. 47

a. A. Schönke-Pohle IV 1 c zu § 900

Wieczorek D III e zu § 900

Unterbleibt die Verkündung allerdings unzulässigerweise, dann erfolgt zweckmässige Amtszustellung

vgl. Huyke a. a. O. S. 112

Falkmann-H 12 zu § 900

30) vgl. Huyke 7 zu § 901 S. 119

31) so Huyke 7 zu § 901 S. 119 - Falkmann-H 2 zu § 901
aber str. insbes. wegen § 909 ZPO, vgl. unten im Text

wendigkeit einer Zustellung kann auch § 909 ZPO nichts ändern, da das Vorzeigen des Haftbefehls nicht eine besondere Art der Bekanntmachung darstellt, sondern wegen der Schwere des Eingriffs nur die durch eine Zustellung (Ersatzzustellung!) nicht immer gewährleistete Kenntnis vom Haftgrund sicherstellen soll (32). Ist eine Zustellung völlig unterblieben, so muss dem § 909 ZPO allerdings insoweit Bedeutung zukommen, als dieser Mangel dann im Hinblick auf die Beschwerdefrist durch Vorzeigen des Haftbefehls als geheilt angesehen werden kann (33). Die Zweiwochenfrist läuft somit in der Regel vom Augenblick der Zustellung an, ausnahmsweise, bei unterbliebener Zustellung und Einhaltung des § 909 ZPO, beginnt sie mit der Verhaftung.

Mit dieser Heranziehung des § 909 zur Heilung von Zustellungsmängeln erübrigt sich für die HaftAO wenigstens zu einem Teil die von der hM (34) mit Recht befürwortete analoge Anwendung des § 516 ZPO auf das Beschwerdeverfahren. Für den Widerspruchsentscheid sowie immer dann, wenn § 909 ZPO nicht eingehalten wurde, auch für die HaftAO, bleibt es aber dabei, dass die Beschwerdefrist (abgesehen von § 577 Abs. IV ZPO) spätestens fünf Monate nach der Verkündung der Entscheidung zu laufen beginnt.

b) Fraglich mag auch erscheinen, ob eine sofortige Beschwerde gegen Widerspruchsentscheidung oder Haftbeschluss noch zulässig ist, wenn der Schuldner den OE bereits geleistet hat oder aber die Haft bereits vollstreckt ist, mit anderen Worten ob mit dem Eintritt dieser Tatsachen nicht das Rechtsschutzbedürfnis für eine Beschwerde entfällt. Diese Frage ist im Sinne einer Bejahung des Rechtsschutzbedürfnisses zu beantworten, weil sowohl die Eidesleistung als auch die Anordnung bzw. gegebenenfalls die Verbüssung der Haft gemäss § 915 Abs. I ZPO ins Schuldnerverzeichnis einzutragen sind. Dadurch wird der Schuldner in beiden Fällen über den unmittelbaren Inhalt der Entscheidung hinaus, der sich durch Eidesleistung bzw. Haftvollstreckung erledigen würde, mittelbar noch weiter in seiner Interessensphäre beeinträchtigt. Das ist aber nur gerechtfertigt, wenn Eidesleistung und Haft-

32) Im Anschluss an Huyke 3 zu § 909, ebenso Pohle MDR 52, 517 und Rosenberg § 197 II 4 c S. 1042 (allerdings nur für HaftAO!)

a.A. die hM vgl. Schönke-Pohle I zu § 909

Wieczorek B II zu § 901

Falkmann-H 3 zu § 909 m.N.

33) Im Ergebnis ähnlich Förster-Kann 8 zu § 900

34) Schönke-Pohle II 1 zu § 577

Rosenberg § 145 I 3 S. 724

Baumbach 2 A zu § 577

LG Köln JMB1 NRW 56, 175 u.a.

a.A. OLG Hamburg HansRGZ B 1928, 319

zweifelnd Wieczorek B II d zu § 577

verbüßung zu Recht erfolgt sind, wenn also die Widerspruchsentscheidung und der Haftbeschluss in Ordnung gehen, denn nur dann besteht ja begründeter Anlass für die Schutzfunktion der schwarzen Liste. Ist das nicht der Fall, dann muss auch nach erfolgter Eidesleistung und Haftverbüßung noch ein Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtung von Widerspruchsentscheid und Haftbeschluss bestehen, weil deren Aufhebung gleichzeitig auch der Eintragung ins Schuldnerverzeichnis die Grundlage entzieht, so dass auch diese dann beseitigt werden kann (35).

c) Die Beschwerdegründe bieten geringe Schwierigkeiten: Wie schon für den Widerspruch selbst, kommen bei Anfechtung sowohl der Widerspruchsentscheidung als auch des Haftbeschlusses, die beide eine Bejahung der Eidespflicht enthalten, sämtliche diese Eidespflicht ausschliessenden Verfahrensrügen als Beschwerdegründe in Frage. Darüber hinaus können natürlich auch die Fehler gerügt werden, welche dem Gericht bei Erlass der Widerspruchsentscheidung bzw. des Haftbeschlusses selbst unterlaufen sind. Wenn somit grundsätzlich alle Verfahrensmängel im Wege der Beschwerde beanstandet werden können, sofern die Rüge den angefochtenen Beschluss nur überhaupt betreffen kann, so ist doch der für die Geltendmachung vorgeschriebene Zeitpunkt bzw. die Präklusion mit bestimmten Rügen im Beschwerdeverfahren äusserst bestritten.

Nachdem die Frage der Präklusion eng mit der noch eingehend zu behandelnden Verdoppelung von Rechtsbehelfen bei gesetzlicher Vertretung zusammenhängt, soll dieses Problem im dortigen Zusammenhang erörtert werden (36).

3. Wiedereinsetzung und Wiederaufnahme.

Da die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts mit Ablauf der Beschwerdefrist formell rechtskräftig werden, taucht hier die Frage der weiteren Angreifbarkeit nach diesem Zeitpunkt auf.

a) Die Beschwerdefrist ist gem. § 577 Abs. II S. 2 ZPO eine Notfrist, so dass gegen ihre Versäumnis bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 230 - 238 ZPO ohne weiteres Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich ist (37).

b) Was die Frage der Wiederaufnahme des Verfahrens anbetrifft, so ist davon zunächst einmal der Fall des § 577 Abs. II S. 3 ZPO zu scheiden, denn hier wird lediglich bei Vorliegen von Wiederaufnahmegründen die Notfrist für die sofortige

35) ähnlich Huyke 11 zu § 901 S. 122 m.N. (N. 31)

Fraeb Jud. II, 182 m.N. (N. 57)

Über die Beseitigung der Eintragung vgl. unten III 1 d
und Pohle MDR 52, 516

36) s. unten § 15 I 2.

37) so mit Recht Huyke S. 52

Beschwerde verlängert (38). Das gilt auch für die Anfechtung von Widerspruchsentscheidung und Haftbeschluss und kann bei gesetzlicher Vertretung wegen des § 579 Z. 4 ZPO häufig von Bedeutung sein. Zu beachten ist dabei aber, dass diese Fristverlängerung nur dann in Betracht kommen kann, wenn eine sofortige Beschwerde noch nicht eingelegt war (38). Ist sie nicht unterblieben, so besteht mindestens wegen der einschneidenden Wirkungen einer Eintragung ins Schuldnerverzeichnis das Bedürfnis für eine entsprechende Heranziehung der §§ 578 ff ZPO auch auf die formell rechtskräftigen Beschlüsse im OE-Verfahren. Entgegen der Auffassung von Huyke ist daher, hier besonders im Hinblick auf § 579 Z. 4 ZPO, mit der hM (39) die entsprechende Anwendung der Wiederaufnahmeregeln zu bejahen. Besonderheiten treten hier nur insoweit auf, als infolge "entsprechender" Anwendung kein Klageverfahren in Betracht kommt, sondern das Vollstreckungsgericht entscheidet auch über den Wiederaufnahmeantrag im Beschlusswege.

III. Sonstige Anfechtungsmöglichkeiten.

1.) Neben der bereits behandelten Spezialform des § 766 ZPO, dem Widerspruch, besitzt die Erinnerung als Sonderrechtsbehelf der ZwV auch im OE-Verfahren noch einen erheblichen Anwendungsbereich.

Wie bereits festgestellt wurde, können im Wege der Erinnerung alle sich gegen die Art und Weise der ZwV richtenden Einwände geltend gemacht werden, ganz gleich ob es sich bei den beanstandeten Massnahmen um Vollstreckungsakte des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichts handelt. Für die Schuldnerseite kommen daher folgende Vollstreckungsakte als mit der Erinnerung angreifbar in Betracht:

a) Der Vollzug des Haftbefehls durch den Gerichtsvollzieher: entspricht er nicht den hiefür in §§ 904 ff ZPO aufgestellten Verfahrensregeln, so ist § 766 ZPO gegeben. Daneben kann auch der in jeder Lage des Verfahrens zu beachtende Mangel

38) so heute die hM, vgl. Rosenberg § 154 III 2

Schönke-Pohle V 1 vor § 578

Wieczorek B II e zu § 577 u. a.

Gebler S. 82

a. A. Nussbaum S. 9 ff

39) vgl. Rosenberg § 154 III 2 S. 773

Schönke-Pohle V 1 vor § 578

Baumbach Grundr. 2 d vor § 578

BAG JZ 55, 246 m. zust. Anm. v. Pohle

Gebler S. 82

zweifelnd Wieczorek D III b 5 zu § 578 - a. A. RGZ 120, 173

Wenn Huyke S. 62/63 ein Bedürfnis im OE-Verfahren verneint, so kann dem aus den im Text genannten Gründen nicht gefolgt werden.

der Prozessfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretungsmacht des Schwurpflichtigen durch Erinnerung gerügt werden. Die Zulässigkeit einer solchen Erinnerung kann allerdings nach Rechtskraft des Haftbeschlusses dann entfallen, wenn das Vollstreckungsgericht über diese Frage bereits entschieden hat oder aber der Schuldner mit diesem Mangel präkludiert ist (40).

b) Der Vollzug der Haft: wird dabei gegen § 907 ZPO verstossen, so steht ebenfalls der Weg des § 766 ZPO offen. Dasselbe gilt bei Prozessunfähigkeit oder mangelnder gesetzlicher Vertretungsmacht des Verhafteten.

c) Die Eidesabnahme: Sie stellt richtiger Ansicht nach (41) ebenfalls eine Vollstreckungshandlung dar, welche wegen etwaiger Fehler der Erinnerung nach § 766 ZPO unterliegt. Allerdings ist eine Erinnerung nur dann notwendig, wenn sich die Unwirksamkeit der Vollstreckungsmassnahme mit all ihren insbesondere für §§ 903 und 915 ZPO zu ziehenden Konsequenzen nicht bereits aus der Besonderheit des vorliegenden Fehlers ergibt, wie das z.B. beim Mangel von Prozessfähigkeit oder gesetzlicher Vertretungsmacht des Schwörenden der Fall war (42).

d) Ein Sonderfall ist die Eintragung im Schuldnerverzeichnis: Zwar stellt sie selbst keine Vollstreckungsmassnahme mehr dar, sondern hat nur den Zweck, die Allgemeinheit vor zahlungsunwilligen oder -unfähigen Schuldnern zu warnen. Man kann sie aber trotzdem nicht als Akt der Justizverwaltung ansehen, sondern muss sie angesichts ihrer Zuweisung an das Vollstreckungsgericht sowie der heute aus § 915 Abs. II ZPO ersichtlichen engen Verknüpfung mit dem Vollstreckungszweck der Gläubigerbefriedigung als zum gerichtlichen Verfahren gehörig betrachten (43). Daraus sowie aus der Regelung dieses Verfahrens im achten Buch der ZPO (43) rechtfertigt sich auch die mindestens analoge Anwendung der Rechtsbehelfe der ZwV, sofern die Beseitigung von Eintragungen überhaupt erforderlich und wünschenswert erscheint. Das ist aber sehr wohl der Fall; denn wenn auch die Eintragung nur eine notwendige Begleiterscheinung anderer Vollstreckungsmassnahmen ist, so wird der Schuldner durch sie doch auch darüber hinaus noch in seiner Interessensphäre beeinträchtigt, weil seine soziale Stellung, insbesondere seine Kreditwürdigkeit herabgemindert werden; das ist aber nur bei richtigen Eintragungen

40) Dass hierfür im Interesse der Rechtsschutzgewährung § 767 Abs. II über § 795 ZPO entsprechend anwendbar ist, darüber vgl. Rosenberg § 197 II 4 c S. 1043 anschl. an Pohle MDR 52, 514

41) Huyke 5 zu § 903 S. 134

42) vgl. oben § 12 II 1 a/α ; weitere Fälle bei Huyke 5 zu § 903.

43) vgl. auch Lent NJW 59, 178 f

Jonas-Pohle 3a zu § 915

Scherübl S. 244

Zöller 4 zu § 915

gerechtfertigt. "Zwingende Gründe der Gerechtigkeit" erfordern es daher dem Schuldner neben den in § 915 Abs. II ZPO vorgesehenen Löschungsfällen immer dann die Möglichkeit zur Beseitigung von Eintragungen einzuräumen, wenn diese unrichtig sind, das heisst wenn die eingetragene Vollstreckungsmassnahme seinerzeit nicht hätte vorgenommen werden dürfen (44). Wenn § 915 Abs. II ZPO im Hinblick auf die dem Schuldner aus einer Eintragung auch erwachsenden Vergünstigungen der §§ 903, 914 ZPO für die gesetzlichen Löschungsfälle grundsätzlich einen Antrag des Schuldners voraussetzt, so gilt das an sich auch für die Löschung unrichtiger Eintragungen. Nur muss dieser Löschantrag rechtlich anders qualifiziert werden als der Normalfall des § 915 Abs. II ZPO. Da er sich gegen eine den Schuldner beeinträchtigende unrichtige Eintragung richtet, stellt er rechtlich nichts anderes dar als eine "Einwendung gegen die Art und Weise der Führung des Schuldnerverzeichnisses" und ist daher in wenigstens entsprechender Anwendung des § 766 ZPO als Erinnerung zu behandeln, gegen deren Zurückweisung dem Schuldner dann die sofortige Beschwerde zusteht. Die hM erkennt zu Unrecht diesen Charakter des Löschantrages wegen Unrichtigkeit der Eintragung, kommt aber wenigstens für den Schuldner zu einem ähnlichen Ergebnis, weil sie dem Schuldner bei Zurückweisung seines Antrages wegen seines vorausgegangenen rechtlichen Gehörs unmittelbar die sofortige Beschwerde einräumen muss (45).

Offenbare Unrichtigkeiten sind darüber hinaus auch in Analogie zu § 319 ZPO von Amts wegen zu berichtigen (46).

Eine Anfechtung der Eintragung ins Schuldnerverzeichnis gemäss §§ 23 ff EGGVG kommt aus zwei Gründen nicht in Frage.

Erstens setzt § 23 I 1 EGGVG den Erlass eines Verwaltungsaktes voraus und ein solcher ist in der Eintragung nicht zu erblicken. Wie bereits ausgeführt wurde (43), gehört sie vielmehr noch zum gerichtlichen Verfahren und stellt vermöge ihrer Zuordnung an das Vollstreckungsgericht (§ 915 I 1 ZPO) einen sogenannten Justizakt dar, welcher der Anfechtung im Verwaltungsrechtswege nicht zugänglich ist (46a). Selbst wenn man die Eintragung aber entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht mehr zum gerichtlichen Verfahren, sondern zur Justizverwaltung rechnen wollte, entfallen §§ 23 ff EGGVG deshalb, weil die Eintragung gemäss

44) so insbesondere Pohle MDR 52, 516

Die weitgehende, neuerdings wieder vom LG Dortmund NJW 59, 2269 (m. Nachw.!) vertretene Auffassung, auch die Löschung der Eintragung ordnungsgemäss vorgenommener Vollstreckungsmassnahmen müsse bei deren nachträglicher Beseitigung (Aufhebung der HaftAO mit Einverständnis des Gläubigers) zugelassen werden, ist im Hinblick auf den Zweck des Schuldnerverzeichnisses (§ 12 II 1 bB und Text) abzulehnen (so Pohle a.a.O. m.N.)

45) Für die hM vgl. LG Dortmund NJW 59, 2269 - sowie die in N. 43 Zitierten vgl. auch LG Wuppertal MDR 60, 681 - a.A. Wieczorek D zu § 915 Schönke-Pohle IV zu § 915 (§ 567! ebenso Baumbach 4 zu § 915) Huyke 4 zu 915 S. 155 (Aufsichtsbeschw.)

§ 915 I 1 ZPO vom Vollstreckungsgericht aufgrund einer Eintragungsverfügung des Vollstreckungsrichters (46b) vorgenommen wird und daher auch bei Annahme eines Verwaltungsaktes verwaltungsgerichtlich nicht angreifbar wäre. Da §§ 23 f EGGVG aber lediglich die sonst gem. §§ 40, 42 VwGO gegebene Anfechtbarkeit vor den Verwaltungsgerichten, auf die ordentlichen Gerichte übertragen wollen, bleibt gegen die Eintragung ins Schuldnerverzeichnis allein eine Anfechtung nach der ZPO (46c).

2.) Als letzte Möglichkeit für den Schuldner, das gegen ihn durchgeführte OE-Verfahren zu beanstanden, bleiben die formlosen Rechtsbehelfe der Gegenvorstellung (47) und der Dienstaufsichtsbeschwerde, die jedoch keine grosse Bedeutung beanspruchen können.

Ein gewisses praktisches Interesse kommt noch der Gegenvorstellung zu. Denn allein als solche lässt sich ein unzulässigerweise schriftlich vorgebrachte Widerspruch des Schuldners aufrecht erhalten. Hat der Schuldner auf diesem Wege von Amts wegen zu berücksichtigende Tatsachen gerügt, wie z.B. die frühere Eidesleistung (§ 903 ZPO) oder die Prozessunfähigkeit (§ 56 ZPO), dann wird das Vollstreckungsgericht u. U. nach Anhörung des Gläubigers einen bereits anberaumten Termin aufheben müssen (48). Über eine solche Anregung zur Amtsprüfung kann jedoch die Wirkung einer Gegenvorstellung nicht hinausgehen.

Die Dienstaufsichtsbeschwerde hat auf das Verfahren selbst überhaupt keinen Einfluss.

46) vgl. Wieczorek B IV zu § 915

und Jonas-Pohle 2 a zu § 915 m. N.

46a) vgl. Eyermann-Fröhler RN 39 zu § 42 VwGO

46b) vgl. die Muster bei Schrader Hdb. a. P. S. 222/227

46c) Zum Vorstehenden vgl. insbesondere Ule 1 zu § 179 VwGO und IV 3 c zu § 42 VwGO.

47) für ihre Zulässigkeit auch Förster-Kann 5 zu § 900

48) ähnlich Hein Hdb. S. 571

§ 14. DIE ANFECHTUNGSBERECHTIGUNG

I. Gesetzliche Ausgestaltung.

In den bisherigen Ausführungen wurde die Frage danach, welche Personen zur Einlegung der behandelten Rechtsbehelfe berechtigt sind, absichtlich beiseite gelassen. Gerade in dieser Hinsicht tauchen nämlich im Zusammenhang mit der gesetzlichen Vertretung Besonderheiten auf. Um diese Besonderheiten aufdecken zu können, empfiehlt es sich, zunächst von der allgemeinen gesetzlichen Ausgestaltung der Anfechtungsberechtigung auszugehen, welche die förmlichen Rechtsbehelfe des OE-Verfahrens - Widerspruch, Beschwerde, Erinnerung - erhalten haben (1).

1.) Geht man so vor - dabei interessieren hier hauptsächlich die Rechtsbehelfe der Schuldnerseite - so zeigt sich in allen Fällen, dass zunächst und in erster Linie der Vollstreckungsschuldner als Partei und Opfer der ZwV seine Rechte soll geltend machen können. Er kann gegen die Eidspflicht Widerspruch einlegen, er kann Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts im Wege der sofortigen Beschwerde anfechten und ihm steht schliesslich auch die Erinnerung gegen die gegen ihn gerichteten Vollstreckungsakte zu. Und zwar ist diese Anfechtungsmöglichkeit in jedem Fall dem Schuldner in seiner Eigenschaft als Partei der ZwV eröffnet, ebenso wie auch in allen anderen Verfahren der ZPO die Parteien Anfechtungsmöglichkeiten haben, sowie Dritte mangels ihrer rechtlichen Beteiligung in der Regel von Rechtsbehelfen ausgeschlossen sind.

2.) Das ist aber, wie beispielsweise auch die §§ 634, 666 Abs. III, 856 Abs. II ZPO zeigen, nur der Regelfall, der vom Gesetz dann durchbrochen wird, wenn Dritte vorhanden sind, "denen ein legitimes Interesse an einer richtigen Entscheidung des Rechtsstreites zuzuerkennen ist" (2). Ein solches Interesse Dritter besteht für die ZwV insbesondere dann, wenn sich die staatliche Zwangsgewalt nicht nur gegen den Schuldner richtet, wo sie durch den Titel usw. gerechtfertigt ist, sondern wenn im konkreten Fall auch Unbeteiligte beeinträchtigt werden. Es ist aus diesem Grunde auch sowohl für die Erinnerung als auch für die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO nahezu unbestritten, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Dritte sich gegen Massnahmen oder Entscheidungen im Rahmen der ZwV wenden können (3). Grundsätzlich müsste das, da es sich beim Widerspruch nach den getroffenen

1) Auf die formlosen Rechtsbehelfe kann es hier nicht ankommen, eben weil für sie förmliche Voraussetzungen nicht verlangt werden.

2) so Baur Lent-Festschr. S. 7

3) vgl. fast alle Lehrbücher und Kommentare.

Wenn Förster-Kann Dritten wegen ihrer i. d. R. nicht erfolgten Anhörung nur § 766 einräumt, so ist das unrichtig, weil § 766 für Entscheidungen, die nicht Vollstreckungsakte sind, nicht gilt (s.o. § 13 N. 20, 22)

Feststellungen nur um eine Sonderform der Erinnerung handelt, auch für ihn gelten, wenn auch eine solche Auslegung des § 900 Abs. V ZPO wegen der nur gegen den Schuldner gerichteten Personalexekution ohne praktische Folge zu sein scheint. Das wird sich aber erst dann entscheiden lassen, wenn für die Fälle anerkannter Rechtsbehelfsberechtigung Dritter bei § 766, 793 ZPO ein Grundprinzip feststellbar ist, welches auch auf den Widerspruch anwendbar sein könnte.

II. Die Beschwer als Voraussetzung.

Ein Blick in die einschlägigen Lehrbücher und Kommentare ist in dogmatischer Hinsicht wenig ergiebig, da sich neben einer kasuistischen Aufzählung von Einzelbeispielen bestenfalls der Hinweis findet, es müsse ein rechtliches Interesse an der Anfechtung oder eine Beeinträchtigung von Rechten vorliegen (4).

1.) Ausgangspunkt für einen systematischen Lösungsversuch muss die zwischen Widerspruch, sofortiger Beschwerde und Erinnerung bestehende Gemeinsamkeit sein, dass es sich um von der ZPO zur Beseitigung von Fehlern zur Verfügung gestellte Anfechtungsmöglichkeiten handelt. Wenn auch die sofortige Beschwerde ein Rechtsmittel im technischen Sinne der ZPO ist, während die Erinnerung und ihre Sonderform, der Widerspruch, Rechtsbehelfe eigener Art für ZwV bzw. OE-Verfahren darstellen, so liegt der Gewährung von Anfechtungsmöglichkeiten doch immer ein allgemeiner Zweck zugrunde, welchem sowohl die sofortige Beschwerde als auch Widerspruch und Erinnerung zu dienen haben.

Zwar lässt sich ein solcher, allen Rechtsbehelfen gemeinsamer Zweck nicht in einem Wort erfassen, sondern es spielen hier verschiedene Gesichtspunkte eine Rolle. Man wird aber wohl sagen können, dass jedenfalls das Streben nach Gerechtigkeit im Interesse sowohl des Betroffenen als auch der Allgemeinheit für die Einräumung von Abänderungsmöglichkeiten staatlicher Akte spricht (5). Obwohl infolge der Grenzen menschlicher Erkenntnisfähigkeit demnach eine Anfechtung an

4) vgl. zu § 766: Schönke-Pohle II 3 zu § 766

Baumbach 3 B zu § 766

Falkmann-H 5 zu § 766 m.N.

Wieczorek B IV b 6 zu § 766

Förster-Kann 3 c zu § 766 u. a.

zu § 793: Schönke-Pohle II zu § 793

Baumbach 2 c zu § 793

Falkmann-H 6 zu § 793

Wieczorek B II c zu § 793

zu Förster-Kann 3 zu § 793 vgl. N. 3 a.E.

zu § 766 und 793 vgl. auch Schultz S. 136 ff (147)

5) Zum Rechtsmittelzweck vgl. Pohle S. 80

Wach, Vorträge S. 243

sich immer möglich sein müsste, stehen dem Interesse des Betroffenen und der Allgemeinheit an der Aufhebung eines unrichtigen Staatsaktes doch das Ruhebedürfnis des Anfechtungsgegners und das Allgemeininteresse an ökonomischer Verfahrensgestaltung und Rechtssicherheit gegenüber, welche ihrerseits für eine Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten sprechen (6). Am besten wäre dem Gerechtigkeitszweck dadurch gedient, wenn jedermann gegen jeden ihm unrichtig erscheinenden Staatsakt den entsprechenden Rechtsbehelf einlegen könnte, eine Lösung, die nicht allein aus praktischen Gründen undenkbar ist, sondern die auch dem genannten Bedürfnis der Beteiligten und der Allgemeinheit nach Ruhe und Rechtssicherheit unmittelbar zuwiderlaufen würde. Unsere Rechtsordnung lässt daher mit wenigen Ausnahmen eine Anfechtung nur durch die von einem Staatsakt irgendwie selbst Betroffenen zu. Und auch hiebei zieht sie den Kreis der Anfechtungsberechtigten noch so eng, dass nur solche Betroffenen in Frage kommen, deren eigenes Interesse an einer Anfechtung das Ruhebedürfnis des Anfechtungsgegners und das Allgemeininteresse an der Beständigkeit von Staatsakten überwiegt.

Der Feststellung eines überwiegenden Anfechtungsinteresses dient nun bei den ordentlichen Rechtsmitteln das Institut der Beschwer. Es liegt daher die Vermutung nahe, dass eine Beschwer ausser für die sofortige Beschwerde des § 793 ZPO auch für Widerspruch und Erinnerung grundsätzlich erforderlich ist.

2.) Der Begriff der Beschwer ist im Gesetz selbst nicht ausdrücklich geregelt und als solcher auch nicht eindeutig.

Man unterscheidet in der Regel zwischen der formellen und der materiellen Beschwer, wobei über jene Klarheit dahingehend besteht, dass darunter die "messbare Divergenz" zwischen einem gestellten Antrag und dem Tenor einer Entscheidung verstanden wird (7). Wesentlich unklarer ist der Begriff der materiellen Beschwer und selbst Baur lässt es in seinem ausschliesslich der Beschwer gewidmeten Aufsatz zunächst offen (8), ob durch die anzufechtende Entscheidung Interessen oder Rechte des Anfechtenden berührt sein müssen.

Geht man auch hier wieder davon aus, dass nach herrschender Auffassung die Macht zur Durchsetzung der Interessen des Rechtsträgers ein Wesenselement der subjektiven Rechte darstellt (9), dann muss die Beschwer als Voraussetzung für die verfahrensrechtliche Durchsetzung von Interessen notwendig darin bestehen, dass ein Recht des Anfechtenden berührt wird. Man wird demnach für die materiel-

6) vgl. Bettermann NJW 47/48 S. 448

Baur Lent-Festschr. S. 6

7) vgl. dazu Baur, Lent-Festschr. S. 22 und FG S. 322

8) Lent-Festschr. S. 7

9) vgl. oben § 10 II 2 a sowie dort N. 7 und 8

le Beschwer grundsätzlich eine Rechtsbeeinträchtigung verlangen müssen (10).

Wenn auch im Zivilprozess in aller Regel eine formelle Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung erforderlich ist, so gibt es aber doch auch hier Fälle, wo sie wegen fehlenden Antrages nicht vorliegen kann, und in denen es daher allein auf die materielle Beschwer ankommt (11).

3.) Untersucht man nun die Rechtsbehelfe der ZwV auf das Erfordernis der Beschwer hin, so zeigt sich bereits im Hinblick auf die Anfechtungsberechtigung der Parteien, dass eine formelle Beschwer nur bei der sofortigen Beschwerde in Frage kommt. Nur hier kann nämlich, wenn auch vielleicht nicht immer von einem formellen Antrag, so doch wenigstens von einer mit dem Tenor vergleichbarer Stellungnahme die Rede ist, nur hier kann daher überhaupt eine messbare Divergenz zwischen beiden auftreten. Da der Anfechtungsberechtigte bei Widerspruch und Erinnerung vor Erlass der anzufechtenden Massnahme in aller Regel nicht gehört ist - anders ist es beispielsweise bei der Erinnerung des Gläubigers gegen den Gerichtsvollzieher - kann es hier lediglich auf die materielle Beschwer ankommen.

Ebenso ist es mit der Berechtigung Dritter zur Einlegung von Rechtsbehelfen in der ZwV, denn diese haben vor Erlass einer Vollstreckungsmassnahme oder Entscheidung einen Antrag ebenfalls nicht gestellt, so dass auch hier eine Divergenz mit dem Tenor nicht messbar ist.

Sofem man also für die Anfechtungsberechtigung überhaupt auf die Beschwer abzustellen hat, so muss es in der ZwV mit Ausnahme der sofortigen Beschwerde der Parteien und der Erinnerung des Gläubigers immer auf die materielle Beschwer ankommen.

4.) Knüpft man an den im vorigen Kapitel festgestellten Schutzzweck des Verfahrensrechtes in der ZwV und an die daraus für Schuldner und Dritte abgeleitete Vermutung an, so ergibt sich, dass tatsächlich immer dann, wenn ein wegen Verfahrensmängeln eingelegter Rechtsbehelf Erfolg hat, auch eine Rechtsbeeinträchtigung gegeben ist (12). Da somit einerseits aus der dargelegten Funktion von Anfechtungsmöglichkeiten heraus eine Beschwer erforderlich ist, andererseits aber auch die Rechtsbehelfe der ZwV lediglich bei Vorliegen einer Rechtsbeeinträchtigung Erfolg haben, ist eine solche als notwendige Voraussetzung des Anfechtungsrechtes immer dann ausschlaggebend, wenn eine formelle Beschwer nicht besteht. Damit besteht aber eine deutliche Parallele zu dem anerkannt unglücklich gefassten § 20 Abs. I FGG (13), so dass die zu seiner Auslegung vertretenen Auffassungen Anhaltspunkte für die Beantwortung der hier zu erörternden Frage nach der Rechtsbehelfsberechtigung für §§ 766, 793 ZPO bieten. Dabei ist allerdings auf die im einzelnen zu

10) vgl. auch Baur, Lent-Festschr. S. 14 und FG S. 322

11) vgl. Baur, Lent-Festschr. S. 9/10, 14

12) vgl. oben § 10 II

13) So Lent FG § 22 II S. 79

§ 20 Abs. I FGG bestehenden mannigfachen Streitfragen (14) nicht einzugehen.

Auszugehen ist danach von der durch Lent und Baur (15) gewonnenen Erkenntnis, dass man schon bei einer Untersuchung des Begriffes der Beeinträchtigung zu differenzieren hat. Dabei ist zu unterscheiden, ob eine Massnahme oder Entscheidung erstens den rechtlich geschützten Bereich einer Person überhaupt betrifft und zweitens ob der darin liegende Eingriff eine Verletzung rechtlicher Interessen darstellt, also rechtswidrig war. Nur auf diese Weise ist nämlich überhaupt eine saubere Trennung der als Zulässigkeitsvoraussetzung zu behandelnden Frage nach der Betroffenheit durch eine Massnahme oder Entscheidung (der materiellen Beschwer) von der Verletzung als Teil der Begründetheitsprüfung möglich.

5.) Zu klären ist erstens, wann eine in der ZwV getroffene Massnahme oder Entscheidung den rechtlich geschützten Bereich einer Person überhaupt betrifft und zweitens, wann der darin liegende Eingriff eine Verletzung von Rechten darstellt.

a) Für die Parteien ist diese Frage leicht zu beantworten. Der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers ist immer berührt, wenn die ZwV nicht durchgeführt wird, der Rechtskreis des Schuldners immer dann, wenn das der Fall ist. Allerdings müssen auch die Parteien irgendwelche Tatsachen vortragen, aus denen sich - ihre Wahrheit unterstellt - eine Rechtsverletzung ergeben kann. Wenn hier auch, insbesondere beim Schuldner, keine sehr strengen Anforderungen zu stellen sind, weil er im Zweifel durch alle Mängel in seinen Rechten verletzt ist, und daher eine Behauptung allgemeiner Art meist genügen wird, so ist anders doch eine Zulässigkeitsprüfung nicht durchführbar (15a). Behauptet der Schuldner z.B. nur Tatsachen, die auf Verletzung einer Ordnungsvorschrift hinzielen, so ist sein Rechtsbehelf ohne Rücksicht auf die Richtigkeit der Behauptungen wegen fehlender Anfechtungsberechtigung als unzulässig zu verwerfen.

b) Im Grundsatz ebenso hat die Prüfung der Anfechtungsberechtigung Dritter zu erfolgen, nur dass sie hier grössere Bedeutung hat, weswegen auch die Anforderungen an das Vorbringen höher zu schrauben sind.

Ausgangspunkt ist wiederum die Feststellung, dass die Beschwer nur dann gegeben sein kann, wenn im Einzelfall Schutzvorschriften zugunsten des Dritten be-

14) Insbes. ist str., ob die Beschwerdeberechtigung zur Zulässigkeit oder Begründetheit gehört.

vgl. Baur S. 317 ff

Lent FG S. 78 ff

Schlegelberger 4-8 zu § 20 FGG

Keidel 5 zu § 19 und 2 zu § 20 FGG

15) vgl. Lent FG S. 80 f

Baur S. 318

15a) So auch Schäfer S. 25, der allerdings auch den Streitgegenstand für durch den Tatsachenvortrag umgrenzt ansieht (S. 28).

stehen. Um nun eine gerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Beschwerde gegeben ist, muss der Dritte Tatsachen vortragen, welche - ihre Wahrheit unterstellt - auf die Verletzung einer gerade in seinem Interesse und zu seinem Schutze bestehenden Vorschrift schliessen lassen. Fehlt es an einer solchen Behauptung oder weisen die Behauptungen des Dritten nicht auf die Verletzung einer konkreten Schutzvorschrift hin, so ist der Rechtsbehelf des Dritten unzulässig.

Überblickt man die zu §§ 766, 793 ZPO bestehende Praxis im Hinblick auf diese hier erörterte Zulässigkeitsprüfung, so wird man vergeblich nach einer eindeutigen Stellungnahme Ausschau halten. Grundsätzlich scheint man aber doch allgemein davon ausgegangen zu sein, dass eine bestimmte Schutzvorschrift, wie etwa § 809 ZPO, vorliegen muss, wenn dem Dritten ein Rechtsbehelf wegen deren Nichtbeachtung offenstehen soll (15b). Damit aber die Frage nach der Anfechtungsberechtigung Dritter überhaupt die mit ihr verfolgte Zwecksetzung erreichen kann, völlig Unbeteiligten eine Einwirkung auf den sachlichen Bestand einer Massnahme oder Entscheidung im Interesse der Beteiligten und der Allgemeinheit (16) zu verwehren, muss die erforderliche Rechtsbeeinträchtigung in dem genannten Umfang bei der Zulässigkeit geprüft werden.

Die Frage der wirklichen Rechtsverletzung und ihres Einflusses auf das ZwV-Verfahren gehört zur Prüfung der Begründetheit der von einem Dritten zulässigerweise eingelegten Erinnerung oder sofortigen Beschwerde.

III. Ausdehnung infolge Betroffenheit.

1.) Grund und Voraussetzung für die Rechtsbehelfsberechtigung Dritter war also eine materielle Beschwerde, eine Betroffenheit in rechtlich geschützten Interessen. Sollte auch im OE-Verfahren die Möglichkeit einer Rechtsbeeinträchtigung Dritter, das heisst also von Personen bestehen, die weder Gläubiger noch Vollstreckungsschuldner im formellen Sinne sind, so sprechen angesichts der durch das Grundgesetz, insbesondere die Art. 2 I und 19 IV (17) geschaffenen verfassungsrechtlichen Gesamtsituation zwingende Gründe der Gerechtigkeit für eine Ausdehnung der Rechtsbehelfsberechtigung auch auf diese Fälle.

Zwar wird im allgemeinen mit Recht die Auffassung vertreten, dass es sich bei den im Rahmen dieser Untersuchung in erster Linie interessierenden gesetzlichen Vertretern nicht um Dritte im dem definierten Sinne handelt (18), denn ihre

15b) vgl. dazu Schönke-Pohle II 3 zu § 766)
 Förster-Kann 3 c zu § 766) mit weiteren
 Falkmann-H 5 zu § 766) Nachweisen
 Wieczorek B IV b 6/8 zu § 766)

16) s.o. II/1

17) vgl. Maunz-Dürig RN. 26 zu Art. 2 I und RN 36 zu Art. 19 IV

18) vgl. Wieczorek E IV zu § 51

Beteiligung erschöpft sich in der Regel im Auftreten für den Vertretenen. Wenn aber die Beteiligung der gesetzlichen Vertreter im OE-Verfahren über dieses normale Mass hinausgeht und Vollstreckungsakte oder Entscheidungen eine eigene Beschwer des Vertreters zur Folge haben, dann kann der allgemeine Grundsatz insoweit keine Gültigkeit beanspruchen, weil ja auch seine Begründung entfällt (19). Gerade diese Voraussetzung für eine Erweiterung des Begriffs des Dritten ist aber im OE-Verfahren erfüllt. Denn es wurde festgestellt, dass der gesetzliche Vertreter des Schuldners hier als selbständiges Subjekt der Eidespflicht bei der Rechtsanwendung immer dann selbst zu berücksichtigen ist, wenn es bei der Durchführung des Verfahrens auf die Person des Schwurpflichtigen ankommt, dieser also nach dem Sinn und Zweck der einzelnen Norm "betroffen" ist (20). Daraus ergab sich dann weiterhin ein subjektives Recht auch des gesetzlichen Vertreters auf Einhaltung der die Person des Schwurpflichtigen betreffenden Verfahrensbestimmungen oder umgekehrt seine Rechtsverletzung beim Auftreten diesbezüglicher Verfahrensmängel (21). Aus der Anerkennung einer in Übereinstimmung mit den tatsächlich auftretenden Beeinträchtigungen bestehenden selbständigen Eidespflicht des gesetzlichen Vertreters ergibt sich demzufolge grundsätzlich auch seine materielle Beschwer durch alle die Person des Schwurpflichtigen berührenden Vollstreckungsakte und Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts.

2.) Sofern der gesetzliche Vertreter daher die Verletzung von Verfahrensregeln rügt, auf deren Einhaltung er ein eigenes Recht hat, muss demnach grundsätzlich, bei Einhaltung der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen, auch für ihn die Möglichkeit bestehen, Rechtsbehelfe im OE-Verfahren aus eigener Berechtigung einzulegen. Und zwar gilt das nicht nur für Erinnerung und sofortige Beschwerde, sondern auch für den Widerspruch, da es sich bei ihm ja nur um eine Sonderform der Erinnerung (22) handelt.

a) Es ist klar, dass ein Bedürfnis, dem gesetzlichen Vertreter gesonderten Rechtsschutz zu gewähren, für den Normalfall des OE-Verfahrens ebenso zu verneinen ist wie im allgemeinen, denn der Erfolg eines aus dem Recht des Schuldners erhobenen Rechtsbehelfs leitet den Vollstreckungsbetrieb auch gegen den gesetzlichen Vertreter in geordnete Bahnen. Aber es sind andererseits doch auch Fälle denkbar, in denen nur Rechte des gesetzlichen Vertreters verletzt werden und eine Verletzung des Schuldners nicht gegeben ist, so dass ein von ihm eingelegter Rechtsbehelf unzulässig ist, weil bereits der Vortrag des Schuldners die Verletzung von nur den Schwurpflichtigen "betreffenden" Normen ergeben muss (23) so dass

19) vgl. Wieczorek B IV b 5 zu § 766

20) s.o. § 11 II 2, § 12 I, 2/3

21) vgl. N. 20 u. oben § 12 I 4

22) s.o. § 13 I 2

23) vgl. oben II 5 a

Der Sonderfall, dass der Schuldner durch entsprechende Formulierung seiner

es an einer Beschwer fehlt.

Diese Situation tritt nach den im vorigen Kapitel getroffenen Feststellungen lediglich in einem Fall ein: Wird die Vollstreckung durch Inanspruchnahme des Vertreters trotz Betroffenheit des Schuldners über den Rahmen der Vertretungsmacht hinaus ausgedehnt, so liegt darin überhaupt kein Eingriff mehr in die Rechtssphäre des Schuldners, und ein von diesem eingelegter Rechtsbehelf wäre unzulässig. In diesem Falle besteht dann aber ein dringendes Bedürfnis, dem seinerseits in eigenen Interessen verletzten Vertreter eine Möglichkeit zur Beseitigung dieser Verletzung zu eröffnen. Da er in der Lage ist, Mängel zu rügen, welche hinsichtlich ihn schützender Regeln eingetreten sind, liegt nach den allgemein aufgestellten Grundsätzen materielle Beschwer vor, und ein Rechtsbehelf muss daher zulässig sein; die Begründetheit folgt aus dem Vorliegen des Mangels. Ebenso besteht ein solch dringendes Bedürfnis nach Individualrechtsschutz für den Vertreter dann, wenn zwar auch aus der Rechtsstellung des Schuldners heraus Zulässigkeit und Begründetheit eines Rechtsbehelfes möglich sind, wie das den Normalfall darstellt, wenn aber von der Anfechtungsmöglichkeit aus irgendwelchen Gründen kein Gebrauch gemacht wird. Auch hier muss dem gesetzlichen Vertreter der jeweilige Rechtsbehelf zur Rüge seiner eigenen Interessenverletzung zur Verfügung stehen, da er andernfalls ohne Rechtsschutz wäre. Ein solcher Fall tritt beispielsweise dann ein, wenn ein nur dem Schuldner selbst gegenüber nach wirksamer Zustellung und Fristablauf formell rechtskräftiger Beschluss (24) den gesetzlichen Vertreter unter Missachtung den Schwurpflichtigen betreffender Vorschriften (25) in Anspruch nimmt. Hier kann die Rechtsverletzung des Schuldners nicht mehr gerügt werden, so dass ein Rechtsschutz des Vertreters wegen seiner eigenen Interessenverletzung dringend erforderlich erscheint. Auch in diesen Fällen kann der Schwurpflichtige die Verletzung spezieller Schutzvorschriften rügen, so dass ein Rechtsbehelf zulässig und bei Vorliegen eines Mangels begründet sein muss.

b) Angesichts des Umstandes, dass in den aufgezeigten Fällen im OE-Verfahren ein dringendes Bedürfnis für gesonderten Rechtsschutz des gesetzlichen Vertreters besteht, da eine Verletzung seiner Interessen nicht immer mit der Beeinträchtigung des Schuldners zusammen gerügt werden kann, ist zunächst einmal bei eigener Beschwer des Schwurpflichtigen auch nach allgemeinen Grundsätzen ein eigener Rechtsbehelf zuzulassen. In ihrer generellen Form führt die Aufstellung dieses Satzes freilich dazu, dass in einer recht erheblichen Anzahl von denkbaren Fällen, nämlich immer bei einer gleichzeitigen Beeinträchtigung von Interessen des Schuld-

Fortsetzung der Fussnote 23) von Seite 107

Behauptungen, die sich dann notwendig als unzutreffend herausstellen müssen, den Rechtsbehelf zulässig einlegt, kann hier ausser Betracht bleiben.

24) vgl. dazu oben § 12 II 1 b α und N. 20
sowie unten § 15 II 2

25) Diese dienen auch seinem Interesse, vgl. oben § 11 II 2

ners und seines gesetzlichen Vertreters (26) praktisch eine Verdoppelung der Rechtsbehelfe möglich wäre. Das heisst es könnten jeweils nicht nur wegen der Beschwer des Schuldners, sondern auch wegen der Beschwer des gesetzlichen Vertreters unabhängig Rechtsbehelfe eingelegt werden. Das ist sicher ein durchaus unerwünschtes Ergebnis, da eine erhebliche Verzögerung und auch Komplizierung des OE-Verfahrens die notwendige Folge sein müssten. Es wird deshalb im folgenden Paragraphen noch zu untersuchen sein, ob sich nicht aus allgemeinen, neben der Frage nach der Beschwer des Dritten beachtlichen Erwägungen eine sehr erhebliche Einschränkung der praktisch möglichen Fälle von Verdoppelung ergibt, die dann im Interesse individuellen Rechtsschutzes gerechtfertigt wären.

26) vgl. oben § 12 I 4

§ 15. DIE VERDOPPELUNG IM EINZELNEN

I. Einschränkungsmöglichkeiten.

Vom Erfordernis lückenlosen Rechtsschutzes nicht geboten und daher in ihrer praktischen Auswirkung besonders unerfreulich ist die Verdoppelung von Rechtsbehelfen dann, wenn eine Beschwer des gesetzlichen Vertreters nur neben derjenigen des Schuldners und hinsichtlich derselben Verfahrensregeln gegeben ist. Hier gilt es daher in erster Linie Begrenzungskriterien zu finden und es sollen infolgedessen auch zunächst diese Fälle untersucht werden. ~~Die~~ Blickrichtung auf die einzelnen Verletzungsmöglichkeiten (1) gesprochen heisst das, dass zuerst einmal die Verstösse gegen das Erfordernis der Prozessfähigkeit (2) sowie die Verletzung solcher Vorschriften Gegenstand der Betrachtung sein sollen, die bei der Person des Schwurpflichtigen anknüpfen (3), da nur hier Schuldner und Vertreter beschwert sein können.

1.) Zunächst sei hier die Fallgruppe beleuchtet, wo eine etwaige Beschwerdefrist für Schuldner und Schwurpflichtigen gleichzeitig läuft oder nicht gegeben ist (3a) und nur dieser den entsprechenden Mangel im Wege des zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfs rügt. Da nach der hier vertretenen Auffassung zunächst sowohl der Schuldner als auch der schwurpflichtige Vertreter beschwert und damit anfechtungsberechtigt sind, hat der Vertreter bei seiner Rüge theoretisch verschiedene Möglichkeiten. Entweder er macht die Beeinträchtigung des Schuldners und seine eigene gemeinsam geltend oder lediglich die eine oder die andere allein. Dass eine solche Vervielfältigung unerwünscht ist, wurde bereits festgestellt, sie ist aber auch, wie sich zeigen wird, unzulässig.

Da der gesetzliche Vertreter aus dem Innenverhältnis heraus zum Auftreten für den Schuldner verpflichtet ist, wird man beim Fehlen einer ausdrücklichen Erklärung grundsätzlich den Willen zur Geltendmachung des schuldnerischen Rechtsbehelfs annehmen können. Wenn der gesetzliche Vertreter mindestens daneben auch den Willen haben wird, seine eigene Rechtsposition zu wahren, so fehlt einem gesonderten Rechtsbehelf des Schwurpflichtigen hier doch das Rechtsschutzbedürfnis. Es wurde oben davon ausgegangen, dass in den an dieser Stelle in Betracht zu ziehenden Fällen die Rechtsbeeinträchtigung des Schuldners und des Schwurpflichtigen auf der Verletzung der nämlichen Verfahrensvorschrift beruht. Demnach kann also die Begründetheit des aus der Rechtsstellung des Schwurpflichtigen gegebenen Rechtsbehelfs keinen anderen Erfolg haben als er schon aufgrund des schuldnerischen Rechtsbehelfs erreicht wird. Hat beispielsweise das Vollstrek-

1) vgl. oben § 11 II und § 12 I

2) s.o. § 12 I

3) s.o. § 11 II 2 und § 14 III

3a) wie z.B. bei der Erinnerung

kungsgericht infolge Nichterscheinens im Termin die Haft angeordnet, obwohl die Ladungsfrist nicht eingehalten war, so kann die dagegen eingelegte Beschwerde, aus wessen Recht sie auch gegeben ist, nur zur Aufhebung der HaftAO führen, welche allein die Beeinträchtigung darstellt. Dieser Fall ist aber nicht anders zu beurteilen, als es sonst mit einer Prozesshandlung geschieht, wenn der angestrebte Erfolg ohnehin eintritt; es fehlt das Rechtsschutzbedürfnis (4). Den Willen zur Einlegung eines unzulässigen Rechtsbehelfs wird man aber bei fehlender Erklärung nicht unterstellen können, so dass es hier doch nur bei einem Rechtsbehelf wegen Beschwer des Schuldners bleibt und Schwierigkeiten infolgedessen nicht auftreten.

Ebenso würde einem eigenen Rechtsbehelf des gesetzlichen Vertreters das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn dieser ihn noch einlegen wollte, nachdem er vorher bereits dasselbe für den Schuldner getan hatte. Auch hier ist ein selbstständiger Erfolg nicht möglich und ein solcher Rechtsbehelf müsste als unzulässig verworfen werden.

Etwas schwieriger ist die Situation dann, wenn der Schwurpflichtige ausdrücklich nur aus eigener Rechtsstellung einen Rechtsbehelf einlegen wollte. Angesichts seiner Vertretungspflicht und der Tatsache, dass bei Erfüllung dieser Pflicht auch die eigenen Belange des Schwurpflichtigen voll gewahrt sind, müsste ein solches Vorgehen als missbräuchlich angesehen werden, so dass ein vom Vertreter ausdrücklich nur für sich eingelegter Rechtsbehelf ebenfalls als unzulässig zu verwerfen wäre (5).

Die Kostenfolge muss bei einer solchen Verwerfung, wie in den vergleichbaren Fällen des Zwischenstreits mit Dritten bzw. der Rechtsbehelfe Dritter in der ZwV allgemein, selbstverständlich den unterlegenen Vertreter persönlich treffen (6). Wird innerhalb einer etwaigen Beschwerdefrist aus dem Recht des Schuldners noch ein Rechtsbehelf eingelegt, so gelten hiefür auch nach Verwerfung des vom Vertreter eingelegten eigenen Rechtsbehelfs keine Besonderheiten.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass bei fehlender oder gleichzeitig laufender Beschwerdefrist ein eigener Rechtsbehelf des Vertreters nie Erfolg haben kann, weil er durch den Erfolg eines aus dem Recht des Schuldners eingelegten mit umfasst sind.

- 4) vgl. Schönke-Pohle Einl. D III 2 a für den ausserprozessualen Erfolgseintritt. Ähnlich Pohle, der sich zwar gegen die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses wegen der Möglichkeit ausserprozessualen Erfolgseintritts wendet (Lent-Festschr. S. 218), aber a. a. O. S. 223 anerkennt, dass eine Rechtsschutzart nach ihrem Grundgedanken gegenüber einer zweiten nur subsidiäre Bedeutung haben kann.
- 5) Zum Missbrauch vgl. Baumgärtel ZZP 69, 113, der mit Recht auf die Notwendigkeit hinweist, die Interessenlage zu berücksichtigen, was gerade hier zur Unzulässigkeit eigener Rechtsbehelfe führen muss. Siehe zum Problem des Missbrauchs auch Pohle Lent-Festschr. S. 227 f, allerdings sehr einschränkend.
- 6) vgl. Baumbach 3 zu § 303

2.) Wie ist nun aber der allerdings selten auftretende Fall zu beurteilen, dass wegen fehlender Zustellung an den Schwurpflichtigen selbst die Beschwerdefrist ihm gegenüber nicht zu laufen begonnen hat (7)? Hat die Entscheidung über einen von anderen gesetzlichen Vertretern des Schuldners wegen der hier behandelten Mängel wirksam eingelegten Rechtsbehelf auch die Präklusion des Schwurpflichtigen mit diesen Mängeln zur Folge? Da eine solche Präklusion entweder aufgrund der materiellen Rechtskraft der ergangenen Entscheidung oder aber wegen der Bindung des Gerichts an seine eigene Entscheidung und die des übergeordneten Gerichts eintreten kann (8), ist hier etwas weiter auszuholen.

a) Wenn auch in der Regel der Ausschluss des Schuldners mit bestimmten Einwendungen im OE-Verfahren fast ausschliesslich auf die Rechtskraft bereits ergangener Entscheidungen zurückgeführt wird (9), so ist das doch ungenau und wird der tatsächlichen Rechtslage nicht gerecht. Soweit nämlich eine Entscheidung schon wegen der Innenbindung unwiderruflich ist, kann die materielle Rechtskraft eine eigene Wirkung überhaupt nicht mehr entfalten (10). Da sich die Innenbindung nach §§ 318 bzw. 577 Abs. III ZPO immer nur auf dasselbe Verfahren beziehen kann (11), ist die materielle Rechtskraftwirkung auch nur insoweit entbehrlich, und es erhebt sich die Frage, wann überhaupt ein solches einheitliches Verfahren in der ZwV anzunehmen ist. Wenn auch der Beginn eines Vollstreckungsverhältnisses und damit ein einheitliches Vollstreckungsverfahren schon früher angesetzt wird (12), hat doch die materielle Rechtskraft, soweit sie überhaupt in Frage kommt, wegen der wechselnden Zuständigkeiten für die einzelnen Vollstreckungsmassnahmen auch innerhalb dieses Vollstreckungsverfahrens Wirkungsmöglichkeiten (13). Diese entfallen nur innerhalb der einzelnen in der ZwV möglichen Sonderverfahren, zu denen insbesondere das OE-Verfahren gehört (14). Für alle Entscheidungen, nach deren Erlass das OE-Verfahren weiterläuft, kann daher auch bei Prozessfähigkeit des Schuldners die Wirkung der materiellen Rechtskraft nicht mehr zum Zuge kommen, weil insoweit das gleiche Verfahren und somit Innenbindung

7) vgl. oben § 12 N. 20 und § 13 II 2a

8) vgl. Schönke-Pohle III zu § 318, XIII 3 zu § 322

Wieczorek B zu § 318

Pieper S. 103

Götz S. 33 und JZ 59, 681, 685 m.N.

9) vgl. Pieper S. 229 m.N.

10) vgl. Pieper S. 92

ähnlich Schönke-Pohle VIII 3 zu § 322

und Götz S. 11, 13

11) Pieper S. 98 f

12) vgl. dazu die Nachweise oben § 2 N. 6

13) vgl. Pieper S. 105

14) vgl. Pieper S. 106

gegeben ist (15). Bei Auseinanderfallen von Vollstreckungsschuldner und Schwurpflichtigem ist das darüber hinaus aber auch dann der Fall, wenn eine dem Schuldner gegenüber ergangene Entscheidung über einen Rechtsbehelf das OE-Verfahren beendet, wie z.B. wenn dem Widerspruch stattgegeben wird. Denn da der Schwurpflichtige für den Schuldner den OE zu leisten hat, handelt es sich dabei zwangsläufig auch um dasselbe Verfahren. Abgesehen davon würde einem Rechtsbehelf des Schwurpflichtigen nach Erfolg eines vom Schuldner eingelegten Widerspruches, wonach ja ein Vorgehen auch gegen den Schwurpflichtigen unmöglich wäre, sicherlich das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

b) Es bleibt somit in unserem Zusammenhang lediglich zu untersuchen, inwieweit im einzelnen Innenbindung zum Zuge kommt und ob sie zu einer Präklusion des Schwurpflichtigen mit den bereits vom Schuldner vorgebrachten Rügen führen kann.

Innenbindung bedeutet allgemein gesprochen die Unwideruflichkeit der über einen bestimmten Streitgegenstand ergangenen Entscheidung für das anhängige Verfahren sowie ein Verbot für das Gericht, einer einmal über den Streitgegenstand gefällten Entscheidung durch spätere zu widersprechen (16). Wenn auch die Anwendbarkeit von § 318 ZPO auf Beschlüsse nicht unstrittig ist, so besteht doch Einigkeit darüber, dass für alle mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen die Innenbindung im gleichen Umfang wie bei § 318 ZPO über § 577 Abs. III ZPO eintritt (17). Für das OE-Verfahren bedeutet das eine Bindung des Vollstreckungsgerichtes an alle von ihm über einen Widerspruch, eine Haftbeschwerde und eine Erinnerung gegen das Vorgehen des Gerichtsvollziehers oder die Eintragung im Schuldnerverzeichnis erlassenen Entscheidungen. Einwendungen des Schuldners sind nach Unanfechtbarkeit dieser Entscheidungen daher grundsätzlich insoweit abgeschnitten, als sie im Zeitpunkt der Entscheidung des Vollstreckungsgerichtes bereits entstanden waren (18). Insbesondere im Hinblick auf die gegen die HaftAO möglichen Einwendungen und ihre etwaige Präklusion durch Nichterhebung oder Zurückweisung des Widerspruchs besteht hier im einzelnen Streit. Geht man jedoch von dem - im Gegensatz zur hM aus der Innenbindung gefolgerten - Umfang der Präklusion aus, welcher derselbe wie bei der materiellen Rechtskraft ist, so kann der Schuldner nur mit solchen Tatsachen ausgeschlossen sein,

15) vgl. Pieper S. 228 f

16) vgl. Rosenberg § 57 I 1 S. 259 und § 57 II S. 264 f
Götz JZ 59, S. 682

17) vgl. Pieper S. 67
Schönke-Pohle II 1 zu § 329
Wieczorek C I zu § 318

ähnlich auch Schäfer S. 37/38, der mit Recht darauf hinweist, dass auch jede weitere Entscheidung unzulässig ist, die den Erstbeschluss in seinem Tenor unberührt lässt.

18) Zur Präklusionswirkung der Innenbindung - vgl. die in N. 8 Zitierten

welche er bei einem von ihm erhobenen Widerspruch mit hätte vorbringen müssen (19). Für die teilweise angenommene Verwirkung von Einwendungen durch Nichterscheinen im OE-Termin oder Nichterhebung des Widerspruches gibt das Gesetz - insbesondere auch die Regeln der Präklusion - keinen Anhalt und sie ist daher mit der hM abzulehnen (19). Eine gewisse Einschränkung des oben herausgestellten allgemeinen und auch im OE-Verfahren gültigen Präklusionsprinzips als Folge der Innenbindung ergibt sich für den in jeder Lage des Verfahrens (20) von Amts wegen zu berücksichtigenden Mangel der Prozessfähigkeit. Hier muss nämlich die Rüge trotz Präklusion insoweit Erfolg haben, als das Vollstreckungsgericht den Mangel bei seinen künftigen Massnahmen und Entscheidungen zu berücksichtigen hat. Ist daher ein zunächst wegen anderer Mängel eingelegter Widerspruch des Schuldners zurückgewiesen worden, und stützt dieser seine Beschwerde gegen die daraufhin ergangene HaftAO auf Prozessunfähigkeit, so kann die Haftbeschwerde zwar wegen Präklusion unmittelbar keinen Erfolg haben, der Schuldner darf aber in der Zukunft weder verhaftet werden, noch ist ihm der OE abzunehmen.

c) Grundsätzlich ist also der Schuldner aufgrund der Innenbindung mit allen zur Zeit einer ergangenen Entscheidung bestehenden Einwendungen präkludiert, und es fragt sich nun, ob und inwieweit diese Wirkung auch für die eigenen Rechtsbehelfe des Schwurpflichtigen in Frage kommt. Die Beantwortung dieser Frage hat unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten zu erfolgen: einmal ist der objektive Umfang der Bindungswirkung zu klären, zum Zweiten ihre subjektive Seite.

α) Geht man davon aus, dass bei der an dieser Stelle untersuchten Fallgruppe die Anfechtungsberechtigung des Schwurpflichtigen wegen derselben objektiven Verfahrensmängel angenommen wurde, deretwegen auch der Schuldner beschwert ist, so folgt daraus die Identität der über beide Rechtsbehelfe möglichen Entscheidungen. Zwar ist die über einen Rechtsbehelf des Schuldners ergehende Entscheidung inso-

19) Für die hM vgl. Schönke-Pohle IV 2 zu § 901

Baumbach 5 B zu § 900

Rosenberg § 197 II 4 c a.E. S. 1043

Lent ZwV § 30 IV 4

Schwalm S. 38, 60 sowie

Pohle MDR 52, 513

A.A. Huyke 13 zu § 901 S. 122 m.N.

(Ausschluss nur der rechtskräftig verworfenen Einwendungen; dagegen mit Recht Pohle a.a.O.) Für Verwirkung z.B. Hem Hdb. S. 584. Nachträglich entstandene Gründe können allerdings auch gegen den Haftbefehl als Titel i.S. des § 794 I Nr. 3 ZPO durch Erinnerung gegen seine Vollstreckung geltend gemacht werden; vgl. eingehend Pohle MDR 52, 514.

20) Durch diese in § 56 ZPO normierte Regelung unterscheidet sich der Mangel der Prozessfähigkeit von den übrigen von Amts wegen zu berücksichtigenden Mängeln, die grundsätzlich ebenso präkludieren wie andere Einwendungen (vgl. Pohle MDR 52, 514 a.A. Schwalm S. 60).

fern umfassender, als sie die Rechtmässigkeit einer Massnahme oder Entscheidung ihm gegenüber und damit für das gesamte Verfahren bejaht oder vermeint, während eine Anfechtung des Schwurpflichtigen auch nur für dessen Person Bedeutung haben kann. Ein auf Rechtsbehelf des Schuldners ergehender Beschluss entscheidet aber notwendigerweise gleichzeitig auch über die Zulässigkeit des angefochtenen Aktes gegenüber dem Schwurpflichtigen, denn dieser hat ja lediglich die Funktion, den Schuldner zu ersetzen. Macht also beispielsweise der insoweit ordnungsgemäss vertretene Schuldner mittels Haftbeschwerde Ladungsmängel geltend, so hat die darüber ergehende Entscheidung, die nur auf Aufhebung der HaftAO oder Zurückweisung lauten kann, in jedem Falle Auswirkungen auch für den Schwurpflichtigen, da der Haftbefehl gegen ihn ergangen ist. Gegenstand einer auf Anfechtung des Schuldners ergehenden Entscheidung ist also auch der prozessuale Anspruch des Schwurpflichtigen auf Beseitigung des angefochtenen Aktes wegen desselben, auch ihn beschwerenden Mangels. In objektiver Richtung ist daher eine Innenbindung auch im Hinblick auf den Schwurpflichtigen möglich.

ß) Problematisch erscheint noch der subjektive Umfang der Innenbindung, da diese sich an sich nur auf die Parteien bezieht und dem Schwurpflichtigen ja gerade hinsichtlich seiner eigenen Rechte eine dem Dritten angenäherte Sonderstellung zugebilligt werden musste. Vergegenwärtigt man sich wiederum, dass die Innenbindung der materiellen Rechtskraft in objektiver Richtung wesensgleich ist (20a), so liegt es nahe, auch für ihren subjektiven Umfang derartige Parallelen zu vermuten. Zwar findet sich im Gesetz keinerlei Anhaltspunkt für eine Erstreckung der Innenbindung auf Dritte. Das erklärt sich aber zwanglos daraus, dass erstens einmal die selbständige Bedeutung dieses Instituts bei Abfassung der ZPO noch nicht voll erkannt war, und dass darüber hinaus auch die Möglichkeiten einer Bindung Dritter im selben Verfahren nicht allzu zahlreich sind. Lässt man die Interventionswirkung ausser Betracht (21), so bleibt neben der Sonderstellung gesetzlicher Vertreter im OE-Verfahren eigentlich nur noch die bereits erwähnte Beteiligung Dritter an der ZwV, welche auch zur Ausdehnung von Erinnerung und Beschwerde auf diesen Personenkreis geführt hat. Und gerade hier ist auch die, soweit ersichtlich, einzige Diskussion darüber entstanden, ob und inwieweit Dritte an Entscheidungen über vom Schuldner bereits vorgebrachte Einwendungen gebunden sind (22). Zwar mag es durchaus zweifelhaft sein, ob dieses Problem mithilfe der Innenbindung oder der Rechtskraft zu lösen ist, und es ist hier auch nicht der Ort, im einzelnen auf die Lehren zu den subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft einzugehen. Dennoch ist aber zunächst mit Bettermann (23) davon aus-
20a) vgl. Schönke-Pohle I 1 zu § 318 und II 3 zu § 322;

Götz JZ 59, 685; Hellwig Syst I S. 495 u. a.

21) Sie würde auch bei einer etwaigen Berufung des Verkündungsgegeners im Umfang des § 68 ZPO bestehen

22) vgl. Falkmann-H 10 c zu § 766

23) vgl. S. 80 f, 127

zugehen, dass hinter den Regeln über die Rechtskrafterstreckung als diese rechtfertigendes und steuerndes Prinzip die Abhängigkeit der Berechtigung oder Verpflichtung des Dritten von der Partei des Vorprozesses steht. Hat sie einen höheren Grad von Intensität erreicht, wie er bei der Rechtsnachfolge (§ 325 ZPO), der Nacherbfolge (§ 326 ZPO) oder der Testamentsvollstreckung (§ 327 ZPO) gegeben ist, dann führt eine Abwägung der fraglichen Interessen des Gläubigers oder des Dritten (Rechtsnachfolger, Nacherbe, Erbe) gegeneinander wegen Überwiegens der Gläubigerinteressen zur Rechtskraftwirkung gegen diesen.

Selbst wenn man hieraus nicht, wie es Bettermann tut, Schlüsse auf sonstige Möglichkeiten der Rechtskrafterstreckung ziehen will, eben weil das Gesetz diese nicht geregelt hat (24), so hindert das doch nicht an einer Anwendung dieses Grundsatzes der Erstreckung kraft Abhängigkeit auf die Innenbindung. Denn da diese mit der materiellen Rechtskraft wesensgleich ist, andererseits aber Erstreckungsfälle im Gesetz aus den genannten Gründen überhaupt nicht geregelt und Rückschlüsse daraus also nicht möglich sind, ist die Ausdehnung der bei der Rechtskrafterstreckung geltenden Grundsätze nicht nur gerechtfertigt, sondern im Hinblick auf eine vernünftige Interessenabwägung sogar geboten.

Gerade für den hier untersuchten Bereich der gesetzlichen Vertretung im OE-Verfahren ist aber ein solch hoher Abhängigkeitsgrad erreicht, dass eine Ausdehnung der Innenbindungswirkungen gerechtfertigt ist.

Das zeigt sich zunächst schon daran, dass nach den bereits getroffenen Feststellungen die wirksame Konkretisierung der Eidespflicht des Vertreters im Wege der Ladung ohne Annahme einer auch aus dem Vertretungsverhältnis abzuleitenden Verpflichtung nach innen nicht möglich ist (25). Zum Zweiten kommen aber auch nach dem hier für die Innenbindungsfälle zugrundegelegten Ausgangspunkt für eine Beeinträchtigung des Vertreters grundsätzlich in concreto dieselben Verfahrensfehler in Betracht, aufgrund derer schon der Vollstreckungsschuldner beschwert ist. Diese Abhängigkeit führt sogar so weit, dass eine erfolgreiche Anfechtung des Schuldners die Auswirkungen des Mangels auch gegenüber dem Schwurpflichtigen beseitigt. Hat ein ordnungsgemäss eingelegter Rechtsbehelf des Schuldners daher keinen Erfolg, so überwiegen die Interessen des Gläubigers an der Verhinderung weiterer Verzögerungen des Verfahrens das Interesse des Schwurpflichtigen an einer nochmaligen sachlichen Prüfung der vom selben Gericht bereits auf Anfechtung des Schuldners hin beurteilten Einwendungen. Auf die einzelnen Rechtsbehelfe des OE-Verfahrens angewendet führt diese durch das besondere Abhängigkeitsverhältnis begründete Interessenabwägung dazu, die Bindung des Vollstreckungsgerichtes an eine dem Schuldner gegenüber auf Widerspruch, Haftbeschwerde oder Erinnerung hin erlassene Entscheidung auch auf den Schwurpflichtigen auszudehnen.

24) so z.B. Lent Jherings Jahrb. 90, 45/46

25) vgl. oben § 5 III 4

d) Nachdem der Umfang der Innenbindung hinsichtlich des Schuldners bereits geklärt wurde, andererseits aber eine Erstreckung über diesen Umfang hinaus nicht erfolgen kann, können die Auswirkungen der Innenbindung auf den Schwurpflichtigen nur dieselben sein wie beim Schuldner:

Ein nach Entscheidung über einen vom Schuldner erhobenen Widerspruch, eine Haftbeschwerde oder eine Erinnerung vom Schwurpflichtigen eingelegter gleicher Rechtsbehelf kann, ebenso wie eine Erneuerung durch den Schuldner, nur Erfolg haben, wenn er auf später eingetretene Tatsachen gestützt wird (26). Da das Gericht aufgrund vorher entstandener Einwendungen überhaupt nicht in eine sachliche Prüfung einzutreten braucht, ist ein auf solche Tatsachen gestützter Rechtsbehelf unzulässig. Legt der Schwurpflichtige also nach Bindung des Gerichts an eine dem Schuldner gegenüber ergangene Abweisung einer Haftbeschwerde seinerseits diesen Rechtsbehelf ein und stützt ihn auf eine präkludierte Tatsache, so ist seine Haftbeschwerde als unzulässig zu verwerfen. Entsprechendes gilt für alle anderen möglichen Rechtsbehelfe, welche der Schwurpflichtige aus eigener Beschwerde einlegen könnte. Eine Besonderheit gilt lediglich noch für den Widerspruch. Hier wird man nämlich erstens einmal auf den nach Bindung eingelegten selbständigen Widerspruch des Schwurpflichtigen den § 900 Abs. V S. 2 HS. 2 ZPO entsprechend anwenden und die Anordnung sofortiger Eidesleistung zulassen müssen. Ausserdem muss jeder Widerspruch des Schwurpflichtigen, der sich auf bereits rechtskräftig verworfene Einwendungen stützt, ebenso wie auch sonst (27), als unbeachtlich behandelt werden.

Für die Kostenfolge gelten dieselben Erwägungen, wie sie bereits oben zu einer Belastung des Vertreters geführt haben.

II. Die verbleibenden Verdoppelungsfälle.

1.) Es hat sich gezeigt, dass in allen Fällen, wo die Verdoppelung von Rechtsbehelfen infolge der Möglichkeit zweifacher Sachentscheidung zu unerwünschten Folgen führen könnte, eine solche Sachentscheidung überhaupt nicht ergehen kann. Stützt nämlich der Schwurpflichtige seinen Rechtsbehelf auf Vorschriften, welche neben dem Schuldner auch seine Person schützen sollen, so ist dieser immer unzulässig, sei es dass der Vertreter rechtsmissbräuchlich nur für sich selbst handeln will oder dass ein Sachentscheid gegenüber dem Schuldner bereits wirksam ergangen und für das Gericht bindend geworden ist. Nachdem bisher ausschliesslich die

26) Zu einem ähnlichen Ergebnis neigt Pohle JW 36, 1395, wenn er die gegenüber dem Schuldner ergangene Entscheidung auch bei der Erinnerung des Drittschuldners berücksichtigt wissen will (allerdings erst im Rahmen der sachl. Prüfung!)

27) vgl. z.B. Baumbach 1 zu § 901

Huyke 24 zu § 900 a.E. S. 107

Verfahrensvorschriften betrachtet wurden, an deren Einhaltung Schuldner und Schwurpflichtiger ein Interesse haben, bleiben nunmehr also lediglich die Fälle übrig, wo entweder der Schwurpflichtige allein beeinträchtigt ist oder aber seine Rechte nicht anderweitig wahrgenommen wurden. Diese Situation tritt nach den bereits getroffenen Feststellungen (28) dann ein, wenn der gesetzliche Vertreter auch sein eigenes Vermögen angeben oder seine Person in die schwarze Liste eingetragen werden sollte, der Schuldner also nicht beschwert ist. Ausserdem wenn eine Entscheidung bei fehlender Zustellung an den Schwurpflichtigen nicht von einem etwa vorhandenen anderen gesetzlichen Vertreter des Schuldners angefochten wurde.

2.) Die Gründe, welche in allen übrigen Fällen zur Unzulässigkeit der Rechtsbehelfe des gesetzlichen Vertreters führten, kommen hier nicht zum Tragen.

a) Eine Mitentscheidung, welche für den eigenen Rechtsbehelf des Schwurpflichtigen das Rechtsschutzbedürfnis entfallen lässt, ist ja gerade dann, wenn eine Beschwerde für den Schuldner nicht vorliegt, ausgeschlossen. Auch eine Innenbindung kommt nicht in Frage, weil ein vom Schuldner selbst wirksam eingelegter Rechtsbehelf mangels Beschwer als unzulässig zu verwerfen wäre, so dass eine Sachentscheidung, für die Bindung eintreten könnte, überhaupt nicht ergehen kann (29).

b) Hat der Schuldner keinen Rechtsbehelf eingelegt und ist eine Entscheidung infolge nur für den Schuldner wirksamer Zustellung nur für diesen unanfechtbar geworden, so ist ebenfalls weder eine Mitentscheidung noch Innenbindung möglich, weil ja von dem für die Anfechtung von Entscheidungen zuständigen Beschwerdegericht überhaupt nichts entschieden wurde.

Das Rechtsschutzbedürfnis kann für den Schwurpflichtigen hier nicht entfallen, da von ihm mangels wirksamer Zustellung ein Tätigwerden für den Schuldner und damit für sich selbst nicht verlangt werden kann.

Da der schwurpflichtige Vertreter nämlich von den hier in Frage stehenden Entscheidungen (Widerspruchsentscheidung und Haftanordnungsbeschluss) nach Sinn und Zweck der einschlägigen Normen persönlich "betroffen" ist, und die Zustellungen somit jedenfalls auch an ihn auszuführen sind (29a), entfällt der Grund für die Subsidiarität des eigenen Rechtsbehelfs (29b) dann, wenn dem Schwurpflichtigen die durch Zustellung vermittelte Kenntnis von einer Entscheidung und damit ihrer Anfechtbarkeit im Namen des Schuldners fehlt.

28) vgl. oben § 12 I 4

29) Ein Rechtsbehelf wird jedoch auch hier nur dann als unzulässig zu verwerfen sein, wenn er ausdrücklich und nur im Namen des Schuldners eingelegt wird. Rügt der gesetzliche Vertreter die Mängel ohne eine solche Beifügung, so ist zu unterstellen, dass er für sich handeln wollte.

29a) vgl. oben § 6 II 2, § 13 II 1a, b und II 2 a

29b) vgl. oben N. 4

Präklusion aufgrund Innenbindung tritt aber infolge der Entscheidung durch das Gericht ein und ist nicht etwa eine Folge der Unanfechtbarkeit für den Schuldner.

Die unterschiedliche Behandlung vom Schuldner nicht angefochtener, für ihn formell rechtskräftiger und solcher Entscheidungen, deren Anfechtung durch den Schuldner erfolglos blieb (29c) ist dadurch gerechtfertigt, dass bei den letztgenannten eine Sachentscheidung über die in Frage stehenden Mängel bereits vorliegt, und das Interesse an nochmaliger Überprüfung hinter dem Interesse des Gläubigers an weiterer Durchführung des Verfahrens zurücktreten muss.

c) Nach all dem können vom Schwurpflichtigen aus eigener Beschwer in den folgenden Fällen eigene Rechtsbehelfe mit Aussicht auf Erfolg eingelegt werden:

- 1.) gegen das Begehren, Auskunft über Gegenstände zu geben, welche seinem eigenen Vermögen angehören
- 2.) gegen die Eintragung seiner Person ins Schuldnerverzeichnis sowie
- 3.) gegen jede andere Verletzung von Vorschriften, die auch seinen eigenen Schutz bezwecken, sofern die angreifbare Entscheidung des Vollstreckungsgerichts dem Schuldner, nicht jedoch dem Vertreter gegenüber formell rechtskräftig geworden ist.

Konkret gesprochen kommt im ersten Fall ein Widerspruch, im zweiten Fall eine Erinnerung und im letzten eine sofortige Beschwerde gegen die Widerspruchsentscheidung oder HaftAO in Frage. Die Rechtsbehelfe können jedesmal mit der Rüge erhoben werden, dass eine den Schutz des Schwurpflichtigen bezweckende Vorschrift (30) verletzt wurde, und sind begründet, wenn diese Verletzung tatsächlich vorliegt.

3.) Wenn auch die denkbaren Möglichkeiten aus eigener Beschwer zulässiger Rechtsbehelfe des Vertreters nicht sehr zahlreich sind, können diese Fälle doch u.U. gelegentlich praktisch werden, und es ist daher erforderlich, den gesetzlichen Vertreter in solchen Ausnahmesituationen zu schützen. Wenn die Vertretersstellung schon die Belastung mit einer derart in die persönliche Lebenssphäre eingreifenden Verpflichtung, wie es der OE darstellt, mit sich bringen kann, dann muss auch die Möglichkeit gegeben sein, jede Überschreitung der vom Gesetz vorgesehenen Grenzen zu beanstanden bzw. zu beseitigen. Dass dafür nicht in allen Situationen das Auftreten als Vertreter ausreicht, rechtfertigt es, dem Schwurpflichtigen grundsätzlich ein Anfechtungsrecht einzuräumen, welches dann im Ernstfall auch zum Erfolg führt.

29c) vgl. oben I 2

30) im einzelnen vgl. oben § 11 II

§ 16. ZUSAMMENFASSUNG

Die Untersuchung hat gezeigt, dass nach der Grundanlage unseres Prozessrechtes die §§ 51, 52 ZPO beim OE als Teil des ZwV-Verfahrens deshalb Anwendung finden müssen, weil Handlungen des Schuldners in Frage stehen. Der zum OE herangezogene gesetzliche Vertreter wird von der Eidesverpflichtung sowie den aus ihrer Nichterfüllung folgenden Sanktionen auch persönlich getroffen, da er allein tauglicher Empfänger des in der Ladung konkretisierten publizistischen Rechtsbefehles zur Ableistung des OE sein kann. Aus der ihm dadurch erwachsenen Sonderstellung ergeben sich neben den Pflichten auch Rechte auf Berücksichtigung seiner persönlichen Belange im OE-Verfahren, deren Verletzung er auch aufgrund eigener Beschwerden rügen kann.

Wenn auch diese Ergebnisse in ihrer kursorischen Zusammenschau durchaus befriedigen, so soll doch nicht verkannt werden, dass im einzelnen manche Wünsche offen bleiben, und die Begründung de lege lata bisweilen doch erhebliche Schwierigkeiten gemacht hat. Der Grund hiefür ist darin zu suchen, dass hinsichtlich der Personalexekution gegen Prozessunfähige eben das geltende Recht mit seinem Wortlaut ganz einfach im Stiche lässt. So mag denn diese Arbeit als ein Versuch verstanden werden, die nach dem verfassungsrechtlichen Gesamtbild erforderliche Berücksichtigung der persönlichen Belange des schwurpflichtigen Vertreters mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen, sowie de lege ferenda gewisse Fingerzeige zu geben.

LEBENS LAUF

Am 6. Juni 1935 wurde ich als erster und einziger Sohn des Kaufmannes Hans Heintz und dessen Ehefrau Ruth, geborene Leoni, in Amsterdam/Holland geboren.

Seit 1941 besuchte ich die Volksschule in Berlin, sowie, während der Evakuierung, in Schlesien.

Nachdem ich im September 1945 in die zweite Klasse des humanistischen Charlottenburger-Gymnasiums in Berlin eingetreten war, besuchte ich dann nach Übersiedlung meiner Eltern nach München im Januar 1947 dort das humanistische Theresien-Gymnasium. Hier bestand ich auch am 14. Juli 1953 die Reifeprüfung. Ab Wintersemester 1953/54 studierte ich ohne Unterbrechung Rechts- und Staatswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität in München.

Am 8. August 1957 bestand ich in München die erste juristische Staatsprüfung. Seit 20. September 1957 habe ich im Bereich des Oberlandesgerichtsbezirkes München beziehungsweise des Regierungsbezirkes Oberbayern den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar abgeleistet.

Die zweite juristische Staatsprüfung habe ich am 20. Oktober 1961 bestanden.

